Nº11

Noviembre 2020
ISSN: 2600-5611
e-ISSN: 2600-562X

Revista Ecuatoriana de Arbitraje

Álvaro Cuba Horna
Ana María Larrea de Ortiz
Andrés Larrea Savinovich
Blanca Gómez de la Torre Gómez
Brisney David Molina Coello
Camila Andrade Moreno
Carla Cepeda Altamirano
Claudia Camila Boriz Carrasco
Edgar Ulloa Balladares
Elías David Orozco Herrera
Hugo García Larriva
Javier Jaramillo Troya
Jesús Longo Romero
Jhoel Chipana Catalán
Juan Eduardo Figueroa Guzmán
Juan Eduardo Figueroa Valdés
Juan Manuel Marchán Maldonado
Juan Martín Alarcón Peralta
Juan Pablo Aguilar Andrade
Juan Sebastián Baquero Correa
Lorena Barrazueta Bucaram
Malgorzata Judkiewicz
Marcel Tenerife Torres
María Camila Moncayo Rovalino
María Emilia Flores Suasnavas
Mario Reggiardo Saavedra
Michelle Vasco Campoverde
Paula Alomía Barberán
Sophia Castillero Suárez
Sophia Gonzales Camacho
Tatiana Herrada Sánchez
Verónica Rodríguez Barco

Instituto Ecuatoriano de Arbitraje

Revista Ecuatoriana de Arbitraje

Revista Ecuatoriana de Arbitraje

No. 11

Quito - Ecuador

2020

Instituto Ecuatoriano de Arbitraje
Revista Ecuatoriana de Arbitraje

La Revista Ecuatoriana de Arbitraje (REA) nace en el año 2009 paralelamente con el Instituto Ecuatoriano de Arbitraje (IEA). La Revista constituye la consolidación del objetivo del IEA, promocionar y desarrollar la práctica del arbitraje en el Ecuador. De esta manera, se realiza una publicación anual con aportes de exponentes tanto nacionales como internacionales. Actualmente contamos con once números disponibles.

Para más información:
- La versión digital puede ser encontrada en:
https://iea.ec/publicaciones/revista-11/
- La guía de autores está disponible en: http://iea.ec/pdfs/GUIA_ESTILO_REA.pdf

Instituto Ecuatoriano de Arbitraje
Av. Naciones Unidas y Núñez de Vela, Ed. Metropolitan, Oficina 1107.
Telf.: 02 395 9590
E-mail: coordinador@iea.ec; revista@iea.ec

El contenido intelectual, de investigación y de originalidad de esta obra es de responsabilidad exclusiva de sus autores.

Portada
Idea: Paulina German

Revisión y Corrección Ortográfica
Bernarda Haro Aillón & Eugenia Silva, Ediciones Legales

Diseño editorial y Diagramación:

EDICIONES LEGALES

Impresión: Ediciones Legales
ISSN: 2600-5611
e-ISSN: 2600-562X
Edición: Quito, 2020
Tirada: 200 ejemplares

Comité Científico y Responsables Editoriales:

Oswaldo Santos Dávalos
(Santos Burbano de Lara - Quito)
Javier Jaramillo Troya
(Pérez Bustamante & Ponce - Quito)

Comité Editorial:

Eduardo Carmigniani Valencia
(Carmigniani Pérez - Guayaquil)
Juan Manuel Marchán Maldonado
(Pérez Bustamante & Ponce - Quito)
Rodrigo Jijón Letort
(Pérez Bustamante & Ponce - Quito)
Diego Romero Ponce
(Romero Arteta Ponce - Quito)
Armando Serrano Puig
(Falconí Puig Abogados - Quito)
Álvaro Galindo Cardona
(Dechert LLP - Washington D.C)
Mélanie Riofrio Piché
(Armesto & Asociados, Árbitros - Madrid)

Asistente Editorial:

Bernarda Haro Aillón
(Instituto Ecuatoriano de Arbitraje - Quito)

Las artes gráficas-digitales: portada, ilustración, tratamiento fotográfico y contenido de texto son propiedad del Instituto Ecuatoriano de Arbitraje IEA. La diagramación de esta Revista es propiedad de Ediciones Legales Editora Jurídica. Queda prohibida cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra sin contar con la autorización de los titulares de su propiedad intelectual.

Licencia Creative Commons

CONTENIDO

1. Presentación 13

2. Sección Monográfica:
"Reformas a la Ley de Arbitraje y Mediación"

- Aplicabilidad de la acción extraordinaria de protección frente a la decisión sobre competencia: análisis a la luz de las recientes decisiones de la Corte Constitucional
  Andrés Larrea Savinovich
  Juan Martín Alarcón Peralta 21
- La producción de la prueba arbitral: las Reglas IBA v/s las Reglas de Praga
  Juan Eduardo Figueroa Valdés
  Juan Eduardo Figueroa Guzmán 45
- Las normas sobre la práctica de la prueba: Reglas IBA, Reglas de Praga o la autonomía de la voluntad
  Blanca Gómez de la Torre Gómez
  Camila Andrade Moreno 61
- Reflexiones sobre la acción extraordinaria de protección y el arbitraje
  Ana María Larrea de Ortiz 93
- El proceso de nulidad de laudos arbitrales en el Ecuador: un comentario a la Sentencia No. 308-14-EP/20
  Juan Manuel Marchán Maldonado
  Michelle Vasco Campoverde 115

- Menos sorpresas e incertidumbre: propuesta de reforma a la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM) en materia de responsabilidad civil de los árbitros, los centros de arbitraje y sus directores
  Brisney David Molina Coello..... 137
- Análisis conceptual de posibles reformas a la Ley de Arbitraje y Mediación tras más de dos décadas desde su publicación
  Edgar Ulloa Balladares
  Javier Jaramillo Troya 161

3. Sección de Ensayos Libres

- Arbitraje en la contratación pública y autorización de la Procuraduría General del Estado
  Juan Pablo Aguilar Andrade..... 219
- La regulación de la bifurcación en arbitraje internacional y la seguridad jurídica
  Paula Alomía Barberán
  Jesús Longo Romero 237
- La admisibilidad de la acción extraordinaria de protección contra decisiones arbitrales
  Juan Sebastián Baquero Correa
  Lorena Barrazueta Bucaram 261
- De la confianza ciega al amor por el ritualismo: un análisis del sistema de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros en el Ecuador
  Claudia Camila Boriz Carrasco
  María Emilia Flores Suasnavas 309

- Desarrollos recientes y eventos de actualidad de arbitraje internacional en Asia
  Sophia Castillero Suárez 341
- Notas sobre la cuantificación de los daños y sus intereses en el arbitraje
  Jhoel Chipana Catalán
  Malgorzata Judkiewicz 365
- Arbitraje y *smart contracts* ¿un nuevo reto para el foro arbitral ecuatoriano?
  Hugo García Larriva
  Carla Cepeda Altamirano 389
- La virtualización del arbitraje en Perú: diagnóstico de la situación actual y perspectivas sobre su implementación
  Tatiana Herrada Sánchez
  Sophia Gonzales Camacho 413
- La oponibilidad de la cláusula arbitral estatutaria frente a terceros ajenos a la compañía en el ordenamiento jurídico ecuatoriano
  María Camila Moncayo Rovalino..... 453
- El levantamiento del velo societario en el arbitraje: ¿pueden los árbitros desestimar la personalidad jurídica?
  Elías David Orozco Herrera 489
- El interrogatorio cruzado y las Directrices para el Careo de Testigos y Expertos de *Chartered Institute of Arbitrators*
  Mario Reggiardo Saavedra
  Álvaro Cuba Horna 549

- La acción de protección frente a decisiones emanadas dentro de procesos arbitrales
  Verónica Rodríguez Barco 583
- La interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia Andina de la Comunidad Andina en el arbitraje nacional
  Marcel Tangarife Torres 601

1.

Presentación

Presentación

El Instituto Ecuatoriano de Arbitraje ("IEA") se complace en presentar el decimoprimer número de la Revista Ecuatoriana de Arbitraje ("REA"), con el que ratifica su compromiso de fomentar el estudio y el desarrollo del arbitraje en el foro ecuatoriano.

Este número de la REA cuenta con una sección monográfica, sobre las reformas a la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM), y una sección de ensayos libres. La sección monográfica contiene siete artículos. **(i)** Juan Martín Alarcón Peralta y Andrés Larrea Savinovich exploran la aplicabilidad de la acción extraordinaria de protección frente a la decisión sobre competencia. **(ii)** Juan Eduardo Figueroa Valdés y Juan Eduardo Figueroa Guzmán analizan la producción de la prueba arbitral, contrastando las Reglas IBA y las Reglas de Praga. **(iii)** Blanca Gómez de la Torre Gómez y Camila Andrade Moreno abordan la regulación sobre la práctica de la prueba arbitral, examinando las Reglas IBA y las Reglas de Praga. **(iv)** Ana María Larrea de Ortiz reflexiona sobre la acción extraordinaria de protección y el arbitraje. **(v)** Juan Manuel Marchán Maldonado y Michelle Vasco Campoverde examinan el proceso de nulidad de laudos arbitrales en el Ecuador. **(vi)** David Molina Coello propone una reforma a la LAM en materia de responsabilidad civil. **(vii)** Edgar Ulloa Balladares y Javier Jaramillo Troya presentan posibles reformas a la LAM tras más de dos décadas desde su publicación.

La sección de ensayos libres cuenta con contribuciones tan variadas como interesantes. **(viii)** Juan Pablo Aguilar reflexiona sobre la autorización de la Procuraduría General del Estado en el marco del arbitraje en la contratación pública. **(ix)** Paula Alomía Barberán y Jesús Longo Romero abordan la

regulación de la bifurcación en el arbitraje internacional y la seguridad jurídica. **(x)** Juan Sebastián Baquero Correa y Lorena Barrazueta Bucaram exploran la admisibilidad de la acción extraordinaria de protección contra decisiones arbitrales. **(xi)** Camila Boriz Carrasco y María Emilia Flores Suasnavas analizan el sistema de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros en el Ecuador. **(xii)** Sophia Castillero Suárez presenta los desarrollos recientes y eventos de actualidad de arbitraje internacional en Asia. **(xiii)** Jhoel Chipana Catalán y Malgorzata Judkiewicz se enfocan en la cuantificación de los daños y sus intereses en el arbitraje. **(xiv)** Hugo García Larriva y Carla Cepeda Altamirano examinan el arbitraje y los *smart contracts* como un nuevo reto para el foro arbitral ecuatoriano. **(xv)** Tatiana Herrada Sánchez y Sophia Gonzales Camacho abordan la virtualización del arbitraje en Perú. **(xvi)** María Camila Moncayo Rovalino estudia la oponibilidad de la cláusula arbitral estatutaria. **(xvii)** Elías David Orozco Herrera expone sobre el levantamiento del velo societario en el arbitraje. **(xviii)** Mario Reggiardo Saavedra y Álvaro Cuba Horna analizan las Directrices para el Careo de Testigos y Expertos de Chartered Institute of Arbitrators y el interrogatorio cruzado. **(xix)** Verónica Rodríguez Barco explora la acción de protección frente a decisiones emanadas dentro de procesos arbitrales. Finalmente, **(xx)** Marcel Tangarife Torres examina la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia Andina de la Comunidad Andina en el arbitraje nacional.

El IEA desea agradecer a todos los autores que participan en este número. Sus contribuciones permiten que la REA continúe siendo un referente local y un aporte imprescindible para el desarrollo del arbitraje en el Ecuador. Debemos también un agradecimiento muy sincero a los auspiciantes: Andrade Veloz Abogados, Cabezas Wray & Albán Abogados, Carmigniani Pérez Abogados, Dechert LLP, ECIJA GPA,

Noboa Peña & Torres Abogados, Pérez Bustamante & Ponce y Pino Elizalde Abogados, sin cuya generosidad no podríamos realizar estas publicaciones.

Javier Jaramillo Troya

Codirector
Revista Ecuatoriana de Arbitraje

Oswaldo Santos Dávalos

Codirector
Revista Ecuatoriana de Arbitraje

Xavier Andrade Cadena

Presidente
Instituto Ecuatoriano de Arbitraje

Hugo García Larriva

Director Ejecutivo
Instituto Ecuatoriana de Arbitraje

ANDRADE VELOZ
ABOGADOS

Equipo de arbitraje y litigio complejo

Av. República 396 y Diego de Almagro. Edificio FORUM 300, Of. 504. Quito, Ecuador
Tel: (+593 2) 250 8039 / 250 8040 / 254 8477

firm@andradeveloz.com
www.andradeveloz.com

andrade-veloz-abogados
AndradeVelozA

2. Sección

Monográfica

Reformas a la Ley de Arbitraje y Mediación

Aplicabilidad de la acción extraordinaria de protección frente a la decisión sobre competencia: análisis a la luz de las recientes decisiones de la Corte Constitucional

*Andrés Larrea Savinovich**
*Juan Martín Alarcón Peralta***

Recibido/Received: 31/07/2020
Aceptado/Accepted: 18/09/2020

Sumario: 1. Introducción. **2.** El principio *kompetenz-kompetenz* en arbitraje. **3.** Decisiones recientes de la Corte Constitucional. **4.** Recursos disponibles frente a la declaratoria de competencia. **5.** Acciones Constitucionales vis a vis el principio de no interferencia judicial en arbitraje. **6.** Conclusión.

Resumen: Por mandato del artículo 22 de la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM), una vez constituido el tribunal de arbitraje, se fijará el día y hora para la realización de la audiencia de sustanciación en la que, entre otras cosas, los árbitros resolverán sobre su propia competencia. Este principio de derecho internacional reconocido como *kompetenz-kompetenz* es uno de los pilares fundamentales en la práctica del arbitraje moderno. Pero, ¿qué sucede si un tribunal se declara

* Asociado Senior en Tobar ZVS Spingarn. Secretario arbitral de la Cámara de Comercio de Quito, el Centro Internacional de Arbitraje y Mediación y el Centro de Arbitraje de la Cámara de la Construcción. Abogado por la Universidad de las Américas. LL.M. por McGill University. Correo electrónico: alarrea@tzvs.ec

** Asociado en Tobar ZVS Spingarn. Abogado por la Universidad San Francisco de Quito. Asociado ordinario en la Asociación Arbitraje Alumni. Correo electrónico: jmalarcon@tzvs.ec

A. Larrea Savinovich & J. M. Alarcón Peralta, "Aplicabilidad de la acción extraordinaria de protección frente a la decisión sobre competencia: análisis a la luz de las recientes decisiones de la Corte Constitucional", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 11, 2020, pp. 21-44.

ISSN: 2600-5611 / e-ISSN: 2600-562X
DOI: 10.36649/rea1101

competente sin serlo? Si bien la LAM guarda silencio respecto a la posibilidad que tienen las partes procesales de impugnar una decisión sobre competencia, este artículo explora la aplicabilidad de la acción extraordinaria de protección como mecanismo para atacar esta resolución por ser violatoria a lo ordenado por el artículo 76 de la Constitución (derecho a ser juzgado por un juez competente). Hay que tener presente que la Corte Constitucional en dos decisiones recientes (31-14-EP y 323-13-EP) clarificó los casos en los que proceden este tipo de acciones constitucionales en procesos de arbitraje, cómo se diferencian respecto de las acciones de nulidad y sobre la necesidad de agotar la acción de nulidad previo a la interposición de una acción constitucional. Sin embargo, estas decisiones judiciales parecen haber generado nuevas inquietudes respecto de la decisión de competencia de un tribunal incompetente y la posibilidad de impugnarla a través de una acción extraordinaria de protección.

Palabras Clave: arbitraje, acciones constitucionales, acción extraordinaria de protección, competencia.

Applicability of the extraordinary action of protection to challenge the decision on competence: analysis in light of the recent Constitutional Court decisions

Abstract: Pursuant to article 22 of the Arbitration and Mediation Law (LAM), once the tribunal has been constituted, they will set a date and time for the initial hearing, in which, among other things, the arbitrators shall rule on their own competence. This principle of international law known as *kompetenz-kompetenz* is one of the fundamental pillars of modern arbitration. But what happens if a non-competent tribunal rules to have competence on the matter? The LAM is silent on the possibility for the parties to challenge a decision

on competence. This article explores the applicability of the extraordinary protection action as a mechanism to challenge the decision in which a tribunal declares to have competence in violation of article 76 of the Constitution, that recognizes the right to be judged by a competent authority. It is worth noting that the Constitutional Court in two recent decisions (31-14-EP and 323-13-EP) clarified the cases in which these types of constitutional actions are applicable in arbitration, how they differ from actions to set aside an award and on the necessity to file an annulment action before filing an extraordinary protection action. However, these rulings created new concerns regarding the competence decision and what are the possibilities to challenge it through an extraordinary action of protection.

Keywords: arbitration, constitutional remedies, competence.

1. Introducción

La LAM manda que el tribunal de arbitraje tiene la facultad exclusiva para decidir sobre su propia competencia. El artículo 22 dispone con norma de imperio que esta decisión debe hacerse en la audiencia de sustanciación, aún cuando alguna de las partes haya presentado excepciones jurisdiccionales[1]. Respecto de la decisión de competencia, la LAM no hace mención a ningún tipo de recurso disponible a favor de la parte procesal que quiera impugnarla. No obstante, hay que tener presente que la Constitución es la norma suprema en la legislación ecuatoriana y, por lo tanto, las decisiones expedidas dentro del sistema arbitral, aún siendo este último un mecanismo alternativo de solución de conflictos, deben ajustarse a lo que la Constitución manda.

1. Ley de Arbitraje y Mediación, Artículo 22, RO No. 417, 14/12/2006.

El artículo 76 numeral 7 literal k de la Constitución garantiza el derecho que tienen todas las personas de ser juzgadas por un juez (o árbitro) competente[2]. Por lo tanto, si las partes de un contrato han convenido que en caso de diferencias derivadas de la ejecución del mismo se someterán a arbitraje, entonces serán los árbitros –no los jueces ordinarios– quienes deben declararse competentes para resolverlas. Asimismo, si una parte no ha consentido someter su disputa a arbitraje, no puede ser forzada por su contraparte a renunciar a la justicia ordinaria y someterse a un proceso arbitral.

Ahora bien, supongamos que A y B celebran un contrato en el que insertan una cláusula arbitral acordando que todas las disputas relacionadas con el mismo, salvo las que tengan que ver con el rubro "X", serán sometidas a arbitraje. Por permisión del artículo 5 de la LAM, las partes pueden someter todas o ciertas disputas que surjan entre ellas a arbitraje. En este caso, "A" y "B" decidieron someter la mayoría de sus disputas contractuales a arbitraje, con excepción de las disputas que tengan que ver con el rubro "X", las que están por fuera del alcance de la cláusula arbitral y que solo podrán ser ventiladas ante la justicia ordinaria por los jueces competentes. Sin embargo, imaginemos que "A", con fundamento en la cláusula arbitral inserta en el contrato, decide demandar a "B" por una reclamación relacionada con el rubro "X". Naturalmente, al contestar la demanda "B" opone la excepción de incompetencia del tribunal indicando que las controversias relacionadas con el rubro "X" fueron excluidas del arbitraje. No obstante, en la audiencia de sustanciación, el tribunal rechaza la excepción de "B" y resuelve declararse competente para conocer esta controversia, fijando un calendario procesal y ordenando la práctica de pruebas.

2. Constitución de la República del Ecuador, Artículo 76(7)(k), RO No. 449, 20/10/2008.

En el ejemplo propuesto, el derecho constitucional de "B" de ser juzgado ante una autoridad competente, en este caso un juez y no un árbitro, ha sido afectado por la declaratoria de competencia del tribunal. Lo grave, es que "B" se verá obligada a someterse a un proceso arbitral al que no consintió, con todos los gastos y tiempo que esto implica. De igual manera, pretender que "B" espere hasta la conclusión del procedimiento arbitral y a la expedición del laudo para presentar una acción constitucional, resulta supremamente perjudicial, ya que esto demandaría ingentes recursos en tiempo y en dinero en la tramitación de un proceso inconstitucional proceso arbitral.

En este sentido, si bien la LAM guarda silencio respecto de los recursos que pueden plantearse en contra de una decisión de competencia, el artículo 94 de la Constitución permite interponer una acción extraordinaria de protección ante la Corte Constitucional en contra de sentencias o autos definitivos en los que se ha violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución[3]. Por lo tanto, la utilización de este remedio constitucional resulta ser la solución a este problema jurídico.

No obstante, la interposición de acciones constitucionales respecto de decisiones arbitrales ha generado mucha polémica ya que, a criterio de algunos expertos, estas podrían ser utilizadas como una "instancia adicional" y abrirían la puerta para una excesiva interferencia judicial. Si bien se han intentado anteriormente interponer acciones extraordinarias de protección en contra de declaratorias de incompetencia de un tribunal arbitral, no conocemos respecto de este tipo de acciones propuestas frente a una declaratoria de competencia. Por lo tanto, frente a la interposición de una acción extraordinaria de protección en contra de una decisión

3. Ídem, Artículo 94.

de este tipo, el tratamiento por parte de la Corte Constitucional resulta incierto.

Además, hasta hace muy poco tiempo, aún existía una gran confusión respecto de las facultades de la Corte Constitucional para revisar decisiones arbitrales. Afortunadamente, con la expedición de las Sentencias No. 31-14-EP y No. 323-13-EP, la Corte Constitucional aclaró muchas dudas respecto de este tema[4]. Sin embargo, aún existe un vacío respecto de la posibilidad de interponer una acción extraordinaria de protección frente a las decisiones de competencia expedidas por un tribunal de arbitraje no competente.

2. El principio *kompetenz-kompetenz* en arbitraje

En la legislación ecuatoriana la jurisdicción y la competencia se reconocen como dos institutos jurídicos distintos. Al respecto, el Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ) trata en su artículo 7 los principios de jurisdicción y competencia, y manda que "[l]a jurisdicción y la competencia nacen de la Constitución y la ley". A continuación, el COFJ se refiere a los árbitros diciendo que estos "ejercerán funciones jurisdiccionales, de conformidad con la Constitución y la ley"[5].

Respecto a la jurisdicción, esta se encuentra definida en el artículo 159 del COFJ como la "potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, potestad que corresponde a las juezas y jueces establecidos por la Constitución y las leyes, y que se ejerce según las reglas de la competencia. En relación con la competencia, esta se encuentra definida en el mismo cuerpo legal como "la medida dentro de la cual la potestad jurisdiccional está distribuida entre las diversas cortes,

4. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 31-14-EP/19, Caso No. 31-14-EP, 19/112019; Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 323-13-EP/19, Caso No. 323-13-EP, 19/11/2019.
5. Código Orgánico de la Función Judicial, Artículo 7, RO (S) No. 544, 09/03/2009.

tribunales y juzgados, en razón de las personas, del territorio, de la materia, y de los grados"[6].

Ahora bien, en materia arbitral es la LAM la que otorga a los árbitros la facultad exclusiva de resolver su propia competencia. Esta facultad es conocida como el principio rector del arbitraje moderno denominado *kompetenz-kompetenz*[7]. Este principio de derecho internacional se encuentra claramente reconocido en la mayoría de legislaciones a nivel mundial así como en el artículo 16 de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Ley Modelo CNUDMI) en la que están inspiradas leyes como la LAM[8].

En concordancia con lo anterior, la LAM reconoce el principio de *indubio pro arbitri*, mediante el que, en caso de duda, se entiende que los jueces deben entender que el conflicto se encuentra sometido a arbitraje. Usualmente, dentro de un proceso judicial cuando el demandado opone la excepción previa de "existencia de convenio arbitral", los jueces derivan el conflicto a arbitraje para que sean los árbitros quienes resuelvan y decidan sobre su competencia[9]. Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia No. 0006-10-SEP-CC[10], razonó que continuar con el procedimiento ante los jueces ordinarios a pesar de existir un convenio arbitral, derivaría en una clara violación del derecho al debido proceso. Esta acertada decisión de la Corte es importante para el desarrollo del arbitraje y garantiza que la justicia ordinaria no interfiera

6. Ídem, Artículo 159.
7. S. Llain Arenilla, "El rol del principio de "competence-competence" en la prevención de tácticas dilatorias en el arbitraje comercial internacional", *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, No. 24, 2014.
8. A. Jijón Andrade, "Reconciliando el principio Kompetenz-Kompetenz con la autoridad supervisora de las cortes nacionales", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 6, 2014.
9. K. Andrade Quevedo, *Los problemas derivados del Principio Kompetenz-Kompetenz en un régimen jurídico en el que no se ha perfilado adecuadamente su alcance*, Tesis de Grado, Universidad San Francisco de Quito, 2007.
10. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 0006-10-SEP-CC, Caso No. 0712-09-EP, 24/02/2010.

con la autonomía del proceso arbitral. Hay que tener presente, que, bajo el mismo criterio explicado en la sentencia, podemos concluir que, continuar con un proceso arbitral en el que los árbitros son incompetentes para conocer la controversia, resulta en una clara violación del derecho constitucional de toda persona a ser juzgado por una autoridad competente.

Como hemos dicho, el arbitraje es por su propia esencia convencional, esto significa, que para que pueda haber lugar a un proceso arbitral es necesario que las partes hayan acordado previamente en someter a resolución de árbitros esas diferencias. Por lo tanto, lo primero que el tribunal debe analizar es el convenio invocado por quien demanda para poder establecer si de él existe arbitraje y con él nace su propia competencia para resolver la disputa puesta en su conocimiento[11]. Legalmente, el momento procesal pertinente para que el tribunal tome dicha decisión es en la audiencia de sustanciación por mandato del artículo 22 de la LAM[12]. La legislación nacional no permite que los árbitros tomen esta decisión en otro momento. A diferencia de la LAM, la Ley Modelo CNUDMI si permite que los árbitros decidan sobre su competencia en otro momento procesal (en un laudo, por ejemplo)[13].

En conclusión, el principio *kompetenz-kompetenz* garantiza el deseo de las partes de que las discrepancias surgidas entre ellas, inclusive las relacionadas con la validez, el alcance y la existencia del convenio arbitral sean resueltas por árbitros y no por la justicia ordinaria. Este principio es fundamental dentro del arbitraje moderno y sin él, difícilmente el arbitraje hubiera podido tener el desarrollo importante que

11. K. Andrade Quevedo, N. 9.
12. Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador, N. 1, Artículo 22. "Art. 22.- Una vez constituido el tribunal, se fijará día y hora para la audiencia de sustanciación en la que se posesionará el secretario designado, se leerá el documento que contenga el convenio arbitral y el tribunal resolverá sobre su propia competencia […]".
13. Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985 con enmiendas de 2006).

tiene en la actualidad. Sin embargo, el principio también conlleva una gran responsabilidad en los árbitros, quienes al momento de resolver sobre su competencia deberán estudiar cuidadosamente el convenio arbitral para determinar si son efectivamente competentes, o caso contrario, deberán optar por declinar su competencia a fin de que la discrepancia sea resuelta por los jueces ordinarios, según la materia y territorio al que corresponda[14].

3. Decisiones relevantes de la Corte Constitucional frente al arbitraje

3.1. La casa en orden

La anterior Corte Constitucional, expidió una serie de decisiones en materia arbitral que parecían esclarecer la procedencia de los recursos judiciales y constitucionales frente al arbitraje. Por un lado, en el año 2012 mediante la Sentencia No. 169-12-SEP-CC[15] la Corte Constitucional rescataba la excepcionalidad de la acción extraordinaria de protección estableciendo como requisito previo, el agotamiento de la acción de nulidad. La única excepción a dicha regla fue cuando se demuestre que ni la acción de nulidad ni cualquier otro recurso ordinario fuese efectivo para detener la violación de derechos constitucionales.

En el año 2013 la Sentencia No. 123-13-SEP-CC[16] estableció que los laudos arbitrales pueden y deben estar sujetos al control constitucional, ya que tanto en la justicia ordinaria como en los mecanismos alternativos de solución de conflictos, las

14. D. Andrade Álvarez, *Aplicación del principio favor arbitralis en cláusulas patológicas*, Tesis de Grado, Universidad del Azuay, 2015.
15. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 169-12-SEP-CC, Caso No. 1568-10-EP, 26/04/2012.
16. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 123-13-SEP-CC, Caso No. 1542-11-EP, 19/12/2013.

decisiones que allí se expiden pueden derivar en violaciones a los derechos constitucionales. Parecía entonces que los caminos para recurrir un laudo arbitral estaban esclarecidos: las violaciones del debido proceso son materia de la acción de nulidad, y las violaciones constitucionales serán tratadas mediante acción extraordinaria de protección. Sin embargo, la práctica lo que produjo fue un abuso de la acción extraordinaria de protección que terminaba siendo una especie de última instancia, casi obligatoria dentro de los procesos arbitrales, ya sea directamente desde el laudo arbitral o posterior a la acción de nulidad. Esto, ocasionaba una interferencia judicial excesiva sobre el arbitraje y su autonomía y además afectaba la celeridad y la confidencialidad de los procesos que eran judicializados.

3.2. Caos procesal

Una de las decisiones judiciales más perjudiciales para el desarrollo del arbitraje nacional sucedió cuando la anterior Corte Constitucional en el año 2015, expidió la Sentencia No. 302-15-SEP-CC[17]. Esta sentencia buscaba robustecer la acción de nulidad y terminó desnaturalizando a la acción extraordinaria de protección. En resumen, se estableció tácitamente que las causales previstas por el artículo 31 de la LAM no son taxativas, puesto que además de estas se abrió la posibilidad de discutir mediante una acción de nulidad, asuntos relativos a la falta de motivación, así como la falta de competencia de un tribunal arbitral. En consecuencia, se abrió la puerta para una desmedida interferencia judicial en el arbitraje.

La Corte Constitucional anterior, justificándose en la protección del debido proceso, confundió a propios y extraños del mundo arbitral ya que las causales aceptadas

17. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 302-15-SEP-CC, Caso No. 0880-13-EP, 16/09/2015.

por la Corte dentro una acción de nulidad de laudo arbitral, guardan relación con violaciones a derechos constitucionales: motivación (artículo 76 numeral 7 literal i[18]); y, juez competente (artículo 76 numeral 7 literal k[19]) y son ajenas a la naturaleza de una acción de nulidad. Como consecuencia de aquello, la Sentencia No. 302-15-SEP-CC[20] logró saturar el sistema judicial con innecesarias y fútiles acciones extraordinarias de protección, ya que la incertidumbre sobre la acción de nulidad como prerrequisito a la acción extraordinaria de protección ocasionó inseguridad jurídica entre litigantes y jueces. En consecuencia, los usuarios del sistema arbitral se dedicaron a interponer acciones de nulidad, aún sin fundamento, simplemente para "cumplir" con un absurdo requisito previo para reclamar la violación de un derecho constitucional.

3.3. Al final una luz

Finalmente, el 19 de noviembre de 2019, la actual Corte Constitucional, se apartó del nefasto precedente y aclaró la eterna discusión sobre la acción de nulidad, la acción extraordinaria de protección y bajo qué circunstancias procede cada una de ellas. Sobre la necesidad de agotar con la acción de nulidad como prerrequisito de la acción extraordinaria de protección, los Autos de inadmisión No. 1867-18-EP[21] y No. 1204-18-EP[22] son claros. Si el motivo invocado se encuentra previsto en el artículo 31 de la LAM, es indispensable agotar la acción de nulidad; de lo contrario, se probaría que dicha acción no es la adecuada ni eficaz y por ende daría paso a una acción extraordinaria de protección directamente. Finalmente, lo que la Corte aclaró fue que si el motivo del reclamo de quien intenta una acción de nulidad está enmarcado dentro de las causales

18. Constitución de la República del Ecuador, N. 2, Artículo 76(7)(i).
19. Ídem, Artículo 76(7)(k).
20. Corte Constitucional del Ecuador, N. 17.
21. Corte Constitucional del Ecuador, Auto de inadmisión, Caso No. 11867-18-EP.
22. Corte Constitucional del Ecuador, Auto de inadmisión, Caso No. 1204-18-EP.

previstas por el artículo 31 de la LAM, esa es la vía idónea. Caso contrario, lo que procede es una acción extraordinaria de protección. En este sentido y respecto del control judicial y el control constitucional de los laudos arbitrales, la Corte Constitucional expidió las Sentencias No. 323-13-EP y No. 031-14-EP[23], en las cuales estableció que el control judicial de una acción de nulidad, debe enmarcarse únicamente a lo previsto en el artículo 31 de la LAM, garantizando así, la aplicación del principio de intervención mínima y la alternabilidad del arbitraje.

Ahora bien, respecto del control constitucional, la Corte ha sido enfática en contrastar la "alternabilidad" y "voluntariedad" del arbitraje con la obligación de respetar y garantizar los derechos constitucionales. En virtud de ello es que se prevé el ejercicio de la acción extraordinaria de protección ante una violación a un derecho constitucional, como el debido proceso; siempre y cuando, el derecho procesal no conceda una acción eficaz y válida, como es el escenario propuesto en el presente artículo, por ejemplo.

4. Recursos disponibles frente a la declaratoria de competencia

Después de analizar las sentencias de la Corte Constitucional sobre las decisiones de competencia, parecería ser que efectivamente es posible plantear una acción extraordinaria de protección frente a la declaratoria de no competencia por parte de un tribunal arbitral que ha declinado erróneamente su competencia. Sin embargo, en el supuesto contrario, cuando un tribunal arbitral se declara competente, sin serlo, por ejemplo cuando la cláusula arbitral no cubre la disputa puesta a su conocimiento, parece ser que ni la Corte Constitucional ni la doctrina local se han detenido a analizar

23. Corte Constitucional del Ecuador, N. 4.

cuáles son las alternativas para impugnar dicha decisión. Finalmente, es una violación al derecho de toda persona no ser juzgado por un juez competente (artículo 76 numeral 7 literal k de la Constitución).

Si la Corte Constitucional ya ha admitido a trámite[24] casos en los que se han interpuesto acciones extraordinarias de protección frente a una declaratoria de incompetencia, entonces lógicamente debería tener el mismo criterio frente a una declaratoria de competencia porque tanto la declaratoria de incompetencia de un tribunal competente como la declaratoria de competencia de un tribunal no competente, incurren en la misma violación y del mismo derecho, solo que desde el supuesto contrario.

Por otro lado, la Corte Constitucional en el Caso No. 0543-14-EP[25] iniciado por la compañía Quasar Náutica Expeditions S.A., aceptó una acción extraordinaria de protección, en la que uno de los argumentos principales era la expedición de un laudo arbitral por un tribunal de arbitraje incompetente. En ese proceso la Corte explicó que "[u]na de las garantías básicas que aseguran estas condiciones mínimas para tramitar un procedimiento es el derecho a ser juzgado por juez o autoridad competente" y además agregó que "[l]a referida facultad juzgadora de los árbitros tiene su límite en la competencia que se les otorgue, de acuerdo al ordenamiento jurídico en un principio y después en concordancia con lo convenido por las partes".

En consecuencia, parecería que a criterio de la Corte, la oportunidad para solucionar la problemática principal de este artículo (impugnar la declaratoria de competencia de un tribunal incompetente), sería con la interposición de

24. Corte Constitucional del Ecuador, Proceso 0638-17-EP.
25. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 113-15-SEP-CC, Caso No. 0543-14-EP, 08/04/2015.

una acción extraordinaria de protección en contra del laudo arbitral. En concordancia, en la Sentencia No. 323-13-EP/19, la Corte se ratifica que "[e]xiste el control constitucional de laudos arbitrales en caso que estos violen el debido proceso"[26], no obstante, nos apartamos parcialmente de este criterio. Si bien compartimos que la acción extraordinaria de protección es el mecanismo idóneo para la protección del derecho constitucional que se busca proteger (derecho a ser juzgado por autoridad competente), consideramos que la misma no debería interponerse con la expedición del laudo, sino en la declaratoria de competencia del tribunal que, como hemos explicado, ocurre en la audiencia de sustanciación por mandato del artículo 22 de la LAM.

Es importante tomar en cuenta que la interposición de una acción extraordinaria de protección requiere el cumplimiento de ciertos requisitos de procedencia para que sea admitida. Al respecto, es importante referirnos al artículo 94 de la Constitución que manda:

> Art. 94. La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado[27].

Por su parte, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional manda:

> Art. 58.- Objeto.- La acción extraordinaria de protección tiene por objeto la protección de los derechos constitucionales y debido proceso en sentencias, autos definitivos, resoluciones con fuerza de sentencia, en los que se hayan

26. Corte Constitucional del Ecuador, N. 4.
27. Constitución de la República del Ecuador, N. 2, Artículo 94.

violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución"[28].

Este artículo presenta tres elementos que deben cumplirse para que se pueda plantear una acción extraordinaria de protección: **(i)** que exista una violación a un derecho constitucional; **(ii)** que dicha violación derive de una sentencia, un auto definitivo o una resolución con fuerza de sentencia; y, **(iii)** que se hayan agotado los recursos ordinarios o que los mismos no sean apropiados para la protección del derecho constitucional violado. A continuación, pasamos a analizar cada uno de estos requisitos para determinar la procedencia de una acción extraordinaria de protección en contra de una declaratoria de competencia por parte de un tribunal incompetente.

El primer requisito se cumple porque, como hemos manifestado a lo largo de este artículo, y lo ha indicado la Corte Constitucional en Sentencia No. 323-13-EP/19, "[l]os árbitros en todo momento están obligados a observar y hacer respetar los derechos y garantías constitucionales"[29]. Por lo tanto, una declaratoria de competencia de un tribunal incompetente vulnera el derecho constitucional consagrado en el artículo 76, numeral 7, literal k, de la Carta Magna. Al ser una violación al debido proceso, "no se concreta en las afirmaciones de una ley, […] se proyecta más en los derechos […] que se han de preservar con la aspiración a un orden más justo"[30].

El segundo requisito, lo analizaremos más adelante, ya que consideramos que es el que más profundidad amerita. Respecto del tercer requisito, esto es, el agotamiento de recursos ordinarios, conforme hemos indicado, la LAM guarda silencio sobre cuáles son los recursos disponibles

28. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Artículo 58, RO (S) No. 52, 22/10/2009.
29. Corte Constitucional del Ecuador, N. 4.
30. O. A. Gozaíni, "El Debido Proceso en la Actualidad" en G. Hernández Villarreal (Ed.), *Perspectivas del Derecho Constitucional*, Editorial Universidad del Rosario, 2007, p. 170.

para atacar una declaratoria de competencia. En vista de que no existen recurso disponibles para "agotar", entonces se cumple también este requisito. Frente a una errada decisión de competencia, el único remedio apropiado, eficaz y disponible es la acción extraordinaria de protección porque justamente se trata de proteger un derecho constitucional que no puede ser protegido por ningún otro mecanismo. La acción de nulidad, por ejemplo, implicaría primero forzar a la parte cuyo derecho se quiere proteger a litigar su disputa en arbitraje hasta obtener un laudo, con los costos y tiempo que esto implica, y demás la misma tiene causales taxativas para su presentación y que están establecidas en el artículo 31 de la LAM. Ninguna de esas causales, se enmarcan con la problemática descrita. En este sentido Oyarte menciona "[c]omo se observa, no todas las violaciones al debido proceso se contemplan como causa de nulidad del laudo arbitral y, notoriamente, la acción de nulidad no tiene por objeto analizar si ese laudo resulta violatorio de derechos fundamentales"[31]. Esto guarda armonía con la Sentencia No. 323-13-EP/19[32] de la Corte Constitucional en la que ha explicado que la acción de nulidad solo es procedente cuando la situación se enmarca dentro de las causales específicamente descritas en la ley. La competencia del tribunal, no es una de ellas.

4.1. Sobre la declaratoria de competencia como un auto definitivo

Quizá el punto más álgido del debate, sea determinar si la declaratoria de competencia constituye un auto definitivo. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha coincidido en que un laudo es una resolución con fuerza de sentencia[33] expedida por un árbitro que ejerce funciones jurisdiccionales. Pero, ¿qué

31. R. Oyarte Martínez, *Acción Extraordinaria de Protección*, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017, p. 256.
32. Corte Constitucional del Ecuador, N. 4.
33. Corte Constitucional del Ecuador, N. 15.

pasa con las declaratorias de competencia? Es claro que no son sentencias, ni tampoco resoluciones con fuerza de sentencia, pues no tratan el fondo del proceso. ¿Podemos afirmar que son autos definitivos?

Antes de responder esta pregunta, vale la pena revisar la naturaleza de la acción extraordinaria de protección, la cual conforma un proceso autónomo, la cual no configura una instancia; pues la Corte realiza un "juicio de control constitucional, cuyo objeto es la protección primordial del interés público y subsidiariamente los intereses privados, tutelando los derechos fundamentales consagrados en la Constitución"[34]. Ahora bien, este tipo de acción cabe sobre los autos definitivos y "si bien la Corte Constitucional en un inicio indicó que el auto definitivo es aquel que pone fin al proceso, posteriormente se dieron variantes jurisprudenciales notorias en las que, incluso, se señala como procedente la impugnación de autos interlocutorios a través a acción extraordinaria de protección o los emitidos ordenando medidas cautelares"[35].

El diccionario de la Real Academia Española sostiene que el término definitivo significa "que decide, resuelve o concluye". Si bien la decisión de competencia no decide, resuelve o concluye sobre el fondo de la controversia, no es menos cierto que sí resuelve sobre la competencia que tienen los árbitros al amparo del convenio arbitral para impartir justicia. Asimismo, como explicamos anteriormente, los árbitros resuelven sobre su competencia en la audiencia de sustanciación y frente a esa decisión definitiva, no existe ningún tipo de recurso disponible. Naturalmente, en el laudo arbitral, usualmente la mayoría de los tribunales arbitrales dedican un acápite a la "competencia", pero en realidad no están resolviendo ni decidiendo ni concluyendo nada, sino que únicamente están ratificando la decisión contenida en el acta de audiencia de

34. G. Armienta Calderón, *Teoría General del Proceso*, Porrúa, p. 355-356.
35. Ibídem, p. 338.

sustanciación celebrada varios meses atrás y, por lo general, se limitan a indicar que la misma tiene efectos definitivos e irrevocables de conformidad con el principio *kompetenz-kompetenz*. Por lo tanto, si esa declaratoria de competencia tuvo efectos definitivos, podemos concluir que se trata de un auto definitivo porque las partes no tuvieron ningún tipo de recurso disponible para resistirse al mismo.

La interposición de una acción extraordinaria de protección en contra de un laudo arbitral expedido por un tribunal incompetente, en realidad resulta un remedio poco eficaz para proteger el derecho constitucional vulnerado. Primero, porque estaríamos forzando a una parte a litigar ante una autoridad incompetente y exigiendo que espere hasta la expedición del laudo para recién entonces reclamar la protección de su derecho. Segundo, porque el laudo solo contiene una confirmación de la declaratoria de competencia, que no puede ser entendida como el auto definitivo que generó la vulneración del derecho. Al contrario, el derecho constitucional se vulneró varios meses antes de la expedición de ese laudo, concretamente en la audiencia de sustanciación. Por lo tanto, el momento oportuno para proteger el derecho vulnerado e interponer la acción extraordinaria de protección es justamente en la fecha en la que se expidió el auto definitivo (declaratoria de competencia). Finalmente, sacrificar la tutela efectiva de un derecho constitucional violentado por un requisito de forma, parecería contradictorio al espíritu de la Carta Magna y la naturaleza de la acción analizada. No por nada se asevera con frecuencia que "las cosas en derecho son por sus efectos, mas no por su nombre". En este sentido, el auto definitivo que declara la competencia del tribunal arbitral constituye, por sus efectos, un auto definitivo; toda vez que el tribunal resuelve sobre su competencia, elaborando un criterio –inimpugnable– respecto del cual no se vuelve a discutir dentro del proceso arbitral.

En conclusión, consideramos que la declaratoria de competencia de un tribunal incompetente cumple con todos los requisitos ordenados por la ley para ser admitida. Es importante tener en cuenta que la admisión de una acción extraordinaria de protección sobre la resolución de competencia de un tribunal arbitral no suspende el trámite del proceso arbitral[36]. Motivo por el cual, dicha acción no se convertiría en una estrategia para entorpecer infundadamente la conducción del arbitraje.

5. Acciones constitucionales vis a vis el principio de no interferencia judicial en arbitraje

Es un principio de derecho internacional ampliamente reconocido que, cuando las partes deciden someter sus diferencias a arbitraje también están excluyendo a la justicia ordinaria de entrometerse en la resolución de su disputa (efecto negativo del convenio arbitral)[37]. Este principio es conocido como "no interferencia en arbitraje" o "protección de arbitraje". Al respecto, Caivano señala que:

> [l]a jurisdicción que detentan los árbitros está sostenida por el ordenamiento legal que respalda la institución del arbitraje, permitiendo que los particulares, dentro de la esfera de la libertad negocial, sustraigan determinadas contiendas de la jurisdicción de los jueces estatales para otorgarlas a otros particulares[38].

En resumen, este principio busca que la intervención de los órganos judiciales en arbitraje sea limitada, restrictiva y en respeto de la autonomía del proceso arbitral, porque si las partes ya decidieron someter sus controversias a arbitraje entonces lo lógico es pensar que su intención fue apartarlos

36. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, N. 28, Artículo 62.
37. J. Figueroa Valdés, "La autonomía de los árbitros y la intervención judicial", *Revista de la Pontificia Universidad Católica del Perú,* 2014.
38. R. J. Caivano, *Arbitraje*, 2da Ed., Ad-Hoc S.R.L., 2000.

de la controversia[39]. De conformidad con la LAM, la justicia ordinaria tiene facultades limitadas para intervenir en un proceso arbitral. Por ejemplo, los árbitros pueden solicitar a los jueces su auxilio para la ejecución de una medida cautelar. Sin embargo, el rol de los jueces en el arbitraje es muy restrictivo y como hemos dicho, debe favorecer el principio *indubio pro arbitri* incluso en caso de duda.

Por mandato de la LAM, el arbitraje solo está sujeto a control judicial de forma posterior a través de una acción de nulidad. Al respecto, el artículo 31 de la LAM de forma categórica manda que el laudo arbitral podrá ser revisado por los jueces (Presidente de la Corte Provincial que corresponda) bajo determinadas causales taxativas[40]. Esto significa, que el Presidente de la Corte Provincial solo está facultado a revisar aspectos formales de un laudo bajo las causales contempladas en la LAM. Por lo tanto, las cortes provinciales no podrán inmiscuirse en los méritos de la disputa, valorar prueba nuevamente o entrar a discutir la motivación del laudo arbitral. Si bien existen decisiones judiciales en este sentido, hay que tener presente que las mismas han sido expedidas en franca contradicción con lo dispuesto por la LAM.

Ahora bien, una cosa es sostener que la justicia ordinaria debe estar apartada del proceso arbitral para garantizar su autonomía, y, otra distinta, es afirmar que por la alternabilidad del proceso arbitral entonces este no está sujeto a ningún tipo de control. Sostener lo segundo, sería permitir que en un arbitraje se violen todo tipo de derechos constitucionales y garantías al debido proceso sin ningún tipo de responsabilidad posterior. Como hemos dicho, en el arbitraje se deben respetar los derechos consagrados en la Constitución[41], pues los métodos alternativos de solución de conflictos no pueden escapar del

39. M. Castillo Freyre *et al.*, "Principios y derechos de la función arbitral", *LEX*, No. 15, 2015.
40. Ley de Arbitraje y Mediación, N. 1, Artículo 31.
41. Corte Constitucional del Ecuador, N. 15.

control constitucional. La pregunta es, ¿qué pasa si no es así? En estos casos, deberíamos concluir que dichas decisiones serán susceptibles de ser revisadas mediante acciones extraordinarias de protección cuyo objetivo es precisamente la protección de derechos constitucionales violados que no tengan otro mecanismo o recurso para su protección.

La interposición de acciones constitucionales no constituye en sí una violación al principio de no interferencia judicial en el arbitraje, en la medida en la que estas no sean usadas como mecanismos para entorpecer injustificadamente la tramitación de un proceso arbitral o como una "instancia adicional" de participación judicial. Por lo tanto, la clave está en utilizar estas acciones constitucionales de forma correcta, entendiendo cuándo proceden y en qué casos deben ser utilizadas para evitar que una decisión arbitral, como la declaratoria de competencia de un tribunal, viole derechos constitucionales.

6. Conclusiones

Las acertadas decisiones de la Corte Constitucional dentro de los Casos No. 323-13-EP y No. 031-14-EP constituyen un aporte positivo para el desarrollo del arbitraje local porque zanjan de una vez por todas la utilización de recursos judiciales y constitucionales previstos por el ordenamiento jurídico frente a las decisiones adoptadas en el sistema arbitral. A su vez, estas decisiones han aliviado la gran carga de acciones extraordinarias de protección, sin sustento, que eran planteadas en contra de decisiones arbitrales ante la Corte Constitucional. Si bien estas decisiones sugieren que en una acción extraordinaria de protección es posible tratar asuntos sobre la competencia del tribunal arbitral, es importante señalar que las mismas hacen referencia a los laudos, mas no a las decisiones de competencia. Por lo tanto, por un lado, estas sentencias garantizan la correcta aplicación del artículo 31

de la LAM, lo que protege el derecho a la seguridad jurídica, pero, por otro lado, reflejan el vacío legal, jurisprudencial y doctrinario que existe frente a las decisiones de competencia de un tribunal de arbitraje que es incompetente para conocer una disputa, lo cual ocasiona la violación del derecho constitucional consagrado en el artículo 76 de la Constitución.

No obstante, aceptar la posibilidad de proponer acciones extraordinarias de protección indiscriminadamente en contra de decisiones arbitrales puede ocasionar una excesiva interferencia judicial. Por lo tanto, la aplicación de las acciones extraordinarias de protección frente a declaratorias de competencia erróneas, pasa por entender que esta funciona, si y solo si los abogados que practican arbitraje utilizan la acción extraordinaria de protección de manera correcta, sin afán de dilatar el proceso innecesariamente. De esta forma, se mantiene la característica fundamental de la acción extraordinaria de protección de ser de *ultima ratio*. El no saturar el sistema judicial, ni constitucional requiere un autoexamen que cada uno de los abogados practicantes debe realizar.

Sin embargo, no es menos cierto que cuando una parte se ve forzada a arbitrar una disputa que no consintió, se está perpetuando una violación a su derecho al debido proceso y en este contexto, el ordenamiento jurídico no prevé una solución efectiva para tutelar este derecho. En consecuencia, la acción extraordinaria de protección resulta la única garantía jurisdiccional capaz de velar por la protección del debido proceso, tomando en cuenta que la LAM no prevé ningún otro mecanismo para impugnar esta decisión dentro del mismo proceso arbitral.

CABEZAS
WRAY
& ALBÁN

Nuestros resultados son producto de la experiencia, integridad, preparación y creatividad.

CW&A

Av. de los Shyris N33-134 y República del Salvador. Edificio Libertador, piso 14.
Telf: (593 2) 382 4613 / 382 4653 /382 4693 /382 4694

www.cywlegal.com

La producción de la prueba arbitral: las Reglas de la IBA v/s las Reglas de Praga

*Juan Eduardo Figueroa Valdés**
*Juan Eduardo Figueroa Guzmán***

Recibido/Received: 31/07/2020
Aceptado/Accepted: 29/09/2020

Sumario: 1. Objeto de ambas reglas. **2.** Análisis comparativo entre las Reglas de la IBA y las Reglas de Praga. **2.1.** En cuanto a la producción de la prueba documental. **2.2.** En cuanto a la producción de la prueba testimonial. **2.3.** En cuanto a la producción de la prueba pericial. **3.** Conclusiones.

Resumen: En el presente artículo nos referiremos a la prueba en los arbitrajes comerciales internacionales, haciendo un paralelo entre las *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration* –más conocidas como Reglas de la IBA– y las *Rules on the Efficient Conduct of Proceeding in International Arbitration* –conocidas coloquialmente como Reglas de Praga–, en relación a la producción de la prueba documental, testimonial y pericial, destacando especialmente los aspectos diferenciadores entre ambas guías.

Palabras Clave: arbitraje internacional, prueba, Reglas IBA, Reglas de Praga.

---

* Socio de FIHS Abogados. Profesor de post-grado en Facultad de Derecho Universidad de los Andes, Santiago de Chile. Abogado Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Universidad de Chile. LL.M. en Derecho Internacional, Comercio, Inversiones y Arbitraje Internacional, Universidad de Heidelberg. Correo electrónico: jef@fihs.cl

** Asociado en FIHS Abogados. Abogado Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Universidad de los Andes. Correo electrónico: jfigueroag@fihs.cl

J. E. Figueroa Valdés & J. E. Figueroa Guzmán, "La producción de la prueba arbitral: las Reglas de la IBA v/s las Reglas de Praga", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje,* No. 11, 2020, pp. 45-60.

ISSN: 2600-5611 / e-ISSN: 2600-562X
DOI: 10.36649/rea1102

Taking evidence in International Arbitration: IBA rules v/s Prague Rules

Abstract: In this article we refer to the evidence in international arbitration, doing a parallel between the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration – better known as the IBA Rules– and the Rules on the Efficient Conduct of Proceeding in International Commercial Arbitration – colloquially known as the Prague Rules–, in relation to the production of documents, fact witness and expert evidence, especially highlighting the different approach between both guides.

Keywords: international arbitration, evidence, IBA Rules, Prague Rules.

1. Objeto de ambas reglas

Atendido las sofisticadas disputas de común ocurrencia que se producen en la ejecución de los complejos contratos que se celebran hoy en día a nivel global, como también una vez que ya han terminado, sumado a la abundante prueba documental y testimonial que usualmente existe en este tipo de litigios, las Reglas de la IBA y más recientemente las Reglas de Praga[1], han venido a ser un aporte al tribunal arbitral y a las partes, contribuyendo mediante el otorgamiento de facultades que permiten una administración más eficiente en el manejo de la prueba, en términos de tiempo y costos[2].

1. Las Reglas Sobre Tramitación Eficiente en los Procedimientos en el Arbitraje Internacional, más conocidas como Reglas de Praga, fueron concebidas en la IV Conferencia Anual de la Asociación de Arbitraje, que se llevó a cabo en abril de 2017 en Rusia. Tras este evento comenzó el trabajo de 30 representantes de distintas jurisdicciones, especialistas en arbitraje comercial internacional, provenientes mayoritariamente de Europa, especialmente de ex repúblicas soviéticas y de Europa del Este. La versión definitiva fue publicada el 14 de diciembre del año 2018, en el palacio Martinicky, en la ciudad de Praga.
2. D. G. Henríquez, "The Prague Rules: Competitor, Alternative or Addition to the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration?", *Asa Bulletin*, Swiss Arbitration Association, Vol. 36 No. 2, 2018, p. 351.

Estas reglas constituyen guías de buenas prácticas, que fijan ciertos estándares internacionales para la producción, presentación y valoración, tanto para la prueba documental, testimonial como pericial, buscando proporcionar un procedimiento eficiente, económico y equitativo para la práctica de la prueba en arbitrajes internacionales[3]. La doctrina ha discutido si deben ser consideradas como guías alternativas o complementarias, aspecto del cual nos ocuparemos al final de este trabajo.

Las Reglas de la IBA, siguiendo la tradición del *common law*, basado en un principio dispositivo puro[4], con un enfoque más bien contradictorio en la producción de documentos, testigos y peritos, –*adversarial system*– atribuyen un rol más pasivo al tribunal arbitral en la administración del arbitraje. Tienen como objetivo disminuir la brecha existente entre los diferentes sistemas legales y sus respectivos procedimientos en la producción de la prueba, en aquellos casos que las partes pertenecen a distintas tradiciones jurídicas[5], intentado lograr un equilibrio entre el derecho consuetudinario y las tradiciones del derecho civil[6]. El texto es bastante más extenso y detallado que las Reglas de Praga, y su última versión es del año 2010, en la que se hicieron algunos cambios en consideración a los avances tecnológicos, y se incluyeron algunos requisitos en relación a los peritos designados por las partes[7].

A su turno, las Reglas de Praga parten de la premisa de la adopción de un enfoque del *civil law* o derecho continental,

---

3. Reglas de la IBA (International Bar Association) sobre la Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional (2010).
4. H. O. Méndez & A. M. Médez, *Las Reglas de Praga: Recuperación de la tradición jurídica del derecho continental en el procedimiento del arbitraje internacional comercial*, p. 31, <https://bit.ly/2HSJ0fi> (18/07/2020).
5. Reglas de la IBA (International Bar Association) sobre la Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, N. 3.
6. D. Jones, *Let's get together: Quo Vadis International Construction Arbitration*, GAR Live Construction Disputes, conferencia de 9 de julio de 2020.
7. La versión anterior de las Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional data del año 1999.

dotando al tribunal arbitral de facultades inquisitorias, otorgando un rol proactivo al tribunal en distintos aspectos[8], a los que nos referiremos posteriormente, tales como, su participación en la etapa de determinación de los hechos[9], la facultad de proponer una solución transaccional en cualquier etapa del arbitraje[10], o la de determinar las condiciones bajo las cuales se llevará a cabo una audiencia[11].

Las Reglas de Praga introducen una innovación al facultar al juez para aplicar disposiciones legales que no hayan sido alegadas por las partes, en virtud de la consagración expresa del principio *iuria novit curia*[12]. Su primera versión fue publicada en diciembre del año 2018, y fue desarrollada por un grupo de abogados provenientes del *civil law*, con el objeto de mejorar la eficiencia de los procedimientos arbitrales, en vista de que más del 60% de la población mundial vive en una jurisdicción de derecho civil[13].

Su aplicación procede por acuerdo de las partes o por la decisión de oficio del tribunal, una vez oída las partes y prestado su consentimiento o frente al silencio de estas, toda vez que se trata de normas del *soft law*, en las que prima el principio de autonomía de la voluntad[14].

---

8. A modo de ejemplo, en las Reglas de Praga se contempla la obligación del tribunal de celebrar una "reunión preliminar" una vez recibido el expediente, en la que se fijan las reglas del procedimiento que regirá en el arbitraje, dotando al tribunal de facultades para compartir preliminarmente su visión sobre materias del fondo de la disputa, sin que dichos pronunciamientos afecten su imparcialidad e independencia. Por su parte, las Reglas de la IBA regulan una "consulta sobre cuestiones probatorias", instancia en la que se fijan los aspectos probatorios del procedimiento, con un enfoque más procesal, y con menos atribuciones para el tribunal arbitral.
9. Reglas Sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional (Reglas de Praga) (2018), Artículo 3.
10. Ibídem, Artículo 9.
11. Ibídem, Artículo 8(2).
12. Ibídem, Artículo 7.
13. Universidad de Ottawa, *Percentage of the World Population, Civil Law and Common Law systems*, <https://bit.ly/3elNlDv> (10/05/2020).
14. De esa forma deben entenderse el artículo 1(2) de las Reglas de Praga, a pesar de que no lo señala expresamente, limitándose a señalar que el tribunal debe oír a las partes.

2. Análisis comparativo entre las Reglas de la IBA y las Reglas de Praga

A continuación, nos abocaremos a realizar un análisis comparativo entre ambas Reglas, en relación a la producción de la prueba documental, testimonial y pericial, con el objeto de identificar las principales diferencias entres ambas guías o directrices en dichos ámbitos, y poder determinar cuál resulta más adecuada atendido las pretensiones de las partes y la prueba que en cada caso requiere producirse.

2.1. En cuanto a la producción de la prueba documental

En las Reglas de la IBA encontramos una disposición bastante amplia relativa a la producción de documentos, al señalar que cada parte presentará *todos los documentos* que estén a su disposición y sobre los que base sus pretensiones, incluyendo documentos públicos o privados[15]. Como contrapartida a ello, las Reglas de Praga limitan la presentación de documentos, sosteniendo que "[c]omo regla general, se invita al tribunal arbitral y a las partes a evitar cualquier método de exhibición documental, incluido el discovery electrónico"[16], en el entendido que esta restricción conlleva una disminución en el número de documentos que se aportan que no necesariamente son relevantes, y que significan mayores costos en términos de eficiencia y tiempo.

En cuanto al requerimiento de exhibición de documentos, creemos que no hay diferencias sustanciales entre las reglas provenientes del *common law* que establecen que el tribunal arbitral deberá fijar un plazo para que las partes presenten la solicitud de exhibición de documentos, y los procedimientos

15. Reglas de la IBA (International Bar Association) sobre la Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, N. 3, Artículo 3(1).
16. Reglas Sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internaccional (Reglas de Praga), N. 9, Artículo 4(2).

sujetos a las Reglas de Praga, en los que dicha solicitud se deberá efectuar en la reunión preliminar, y excepcionalmente en una fase posterior, solo si concurren circunstancias que lo ameriten. En ambos sistemas las facultades del tribunal son similares, como también los requerimientos que debe cumplir la solicitud que efectúan las partes, reconociendo los principios de especificidad, relevancia, importancia y proporcionalidad, pero no así las posturas que pueden adoptar frente a esta, toda vez que la Reglas de la IBA contemplan la posibilidad de que aduzcan una objeción a los documentos solicitados por los motivos enumerados taxativamente, dentro de los cuales destacamos, la falta de relevancia suficiente, que suponga una carga excesiva, confidencialidad por razones comerciales o técnicas, entre otros[17].

Adicionalmente, las Reglas de la IBA contemplan la posibilidad de requerir la exhibición de documentos, en cualquier momento antes de la conclusión del arbitraje, respecto de una persona y organización que no sea parte del mismo[18], a diferencia de las reglas influenciadas por el derecho continental que exigen que el o los documentos estén en posesión o bajo el control de la parte contraria[19].

En los últimos años la producción de documentos en instancias arbitrales se ha visto beneficiada por los avances tecnológicos, mediante *softwares* o herramientas que permiten el almacenamiento digital, una adecuada organización y clasificación de los documentos, y una aportación más ordenada a los procedimientos, que facilitan las tareas de las partes litigantes y de los árbitros, reduciendo las ineficiencias en la producción y aportación de la prueba.

---

17. Los motivos para que procedan las objeciones son aquellos contemplados en el Artículo 9(2), o la falta de cumplimiento de alguno de los requisitos dispuestos en el Artículo 3(3).
18. Reglas de la IBA (International Bar Association) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, N. 3, Artículos 3(9) y 3(10).
19. Reglas Sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internaccional (Reglas de Praga), N. 9, Artículo 4(5).

Es así como, por ejemplo, los actores de los arbitrajes de construcción han sido testigos de esta automatización en la producción documental, reflejado en la implementación de poderosas herramientas, tales como el Modelo BIM (*Building Information Modeling*), que permite una constitución completa de toda la información del proyecto, siendo un fiel reflejo de la realidad, toda vez que arroja datos objetivos y no sujetos a interpretación; el *Critical Path Network* (CNP), cuando las disputas involucran elevados montos; el *Redfern Schedule*, en el cual se registran en una columna los requerimientos de exhibición de documentos, en otra, las objeciones que se planteen por la parte contraria, y, en la última columna, las decisiones del tribunal arbitral, ya sea acogiendo o rechazando la exhibición de los documentos; el *Scott Schedule*, utilizado en aquellos procedimientos que existen abundantes reclamos, constituyendo un buen resumen de las posiciones de las partes frente a ellos. En la actualidad existen numerosos *softwares* que han desarrollado algoritmos que facilitan mucho la ubicación de la información contenida en los documentos, que genéricamente ha sido denominada *Technology Assisted Review*.

Ahora bien, de una revisión de las características de los documentos electrónicos, considerando que en la actualidad la mayoría de los documentos son creados electrónicamente, queda en evidencia que también pueden acarrear complicaciones en la práctica, tales como, un aumento considerable en el volumen del material, que puede implicar un proceso más extenso de búsqueda; la dispersión de los documentos relacionados con un acontecimiento o transacción, en comparación a los documentos en papel, que usualmente se guardan en ciertos lugares físicos limitados; son más vulnerables a ser modificados con propósitos perjudiciales, toda vez que conservar de manera forense una

cantidad importante de documentos electrónicos conlleva costos significativos[20].

2.2. En cuanto a la producción de la prueba testimonial

De acuerdo a las Reglas de la IBA el tribunal no tiene facultades para limitar el número de testigos que prestarán su testimonio, sin perjuicio de poder requerir la comparecencia de algún testigo[21]; estableciendo que las mismas partes deberán identificar sus testigos[22]. En este aspecto, las Reglas de Praga disponen: "[d]espués de haber oído a las partes, *el tribunal arbitral decidirá los testigos que serán citados para prestar declaración en las audiencias [...]*" (énfasis añadido)[23], lo que podría incentivar que las partes presenten exclusivamente los testigos más relevantes para el caso[24].

Ambos sistemas contemplan la posibilidad de presentar una declaración testimonial escrita, en forma previa a la audiencia probatoria; se diferencian en que las Reglas de Praga sugieren no tener una audiencia, y en la medida que sea posible, resolver la disputa teniendo como base la declaración testimonial, ello con el objetivo de evitar largas audiencias, y dar más eficiencia al proceso, especialmente en aquellos casos en que la declaración es irrelevante, superflua, demasiado gravosa, reiterativa o, innecesaria para la resolución del conflicto[25], sin perjuicio de que una parte insista en la

20. Sobre el particular, resulta especialmente intertesante el análisis efectuado en el Informe Gestión de la producción de documentos electrónicos de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) publicado en agosto de 2016, p. 6 y siguientes.
21. Reglas de la IBA (International Bar Association) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, N. 3, Artículo 8(1).
22. Ibídem, Artículo 4(1).
23. Reglas Sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internaccional (Reglas de Praga), N. 9, Artículo 5(2).
24. Esta limitación en el número de testigos ha sido parte de las recomendaciones de la CCI para reducir tiempo y costos en el arbitraje, contenidas en *ICC Commission Report: Controlling Time and Costs in Arbitration*, Second Edition, 2014.
25. Reglas Sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internaccional (Reglas de Praga), N. 9, Artículo 5(3).

comparecencia de un testigo cuya declaración testimonial ya fue aportada, escenario en el cual el tribunal citará al testigo, salvo que concurran razones justificadas para no hacerlo[26].

Con la misma finalidad de búsqueda de eficiencia y optimización del tiempo, en los arbitrajes que se hubiere acordado aplicar las reglas propias del *common law*, "el tribunal podrá limitar o excluir cualquier pregunta, respuesta o comparecencia de un testigo, si considerase que dicha pregunta, respuesta o comparecencia es irrelevante, insustancial, irrazonablemente gravosa, repetitiva[...]"[27]. Además, el tribunal arbitral tiene facultades para no tomar en cuenta una declaración testimonial, en caso de que el testigo no compareciera a declarar en la audiencia respectiva, a menos que, en circunstancias excepcionales, decida lo contrario[28].

En nuestra opinión, la audiencia probatoria de contra interrogatorios de testigos juega un rol fundamental, y no estimamos conveniente prescindir de ella, toda vez que estos contribuyen a un mejor esclarecimiento de los hechos materia del arbitraje, constituyendo la oportunidad procesal adecuada para obtener una mayor o menor convicción del relato expuesto en la declaración escrita. Es más, creemos que la realización de la audiencia probatoria a través de herramientas tecnológicas, modalidad que es admitida en ambas guías materia de este estudio, con el objeto de reducir los costos asociados a su celebración, tales como gastos de transporte de los abogados, testigos y/o peritos, puede influir negativamente en la convicción del tribunal arbitral, ya que lamentablemente hay una percepción más íntegra de las declaraciones de los participantes cuando esta instancia procesal se desarrolla presencialmente, gracias a la apreciación de la comunicación e

26. Ibídem, Artículo 5(7).
27. Reglas de la IBA (International Bar Association) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, N. 3, Artículo 8(2).
28. Ibídem, Artículo 4(7).

interacción gestual[29]. Con todo, debemos admitir que, a partir de la reciente experiencia de la pandemia del COVID-19, se ha ido y se irá perfeccionando la forma de rendir pruebas testimoniales en forma virtual[30].

Ambas guías otorgan al tribunal arbitral amplias facultades de control y dirección en la audiencia probatoria[31,32], pudiendo rechazar la formulación de preguntas, alterar el orden de comparecencia de los testigos y organizar el careo de testigos[33,34], como también realizar la audiencia mediante videoconferencias o plataformas electrónicas[35,36]. Por su parte, las Reglas de Praga "van más allá y los árbitros podrían tener la confianza de interrumpir los interrogatorios con mucha discrecionalidad"[37].

La guía de la IBA contempla la posibilidad de que el tribunal arbitral solicite a cualquier persona pruebas orales o escritas sobre cualquier asunto que considere relevante, permitiendo a las partes interrogar al testigo convocado por el tribunal[38].

Al respecto, resulta bastante interesante el contenido del artículo 4(3) de la guía clásica del sistema anglosajón, que

29. En el mismo sentido, M. Reggiardo & E. Dibos, "Las Reglas de Praga no son tan malas como parecen", *Forseti Revista de Derecho*, Vol. 10, 2019, pp. 7-8.
30. Sobre el particular, resulta de especial relevancia la guía publicada el 9 de abril de 2020 por la CCI sobre medidas para mitigar los efectos de la pandemia: *ICC Guidance Note on Possible Measures Aimed at Mitigating the Effects of the Covid-19 Pandemic*, <https://bit.ly/3kWmtwj> (10/05/2020).
31. Reglas Sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internaccional (Reglas de Praga), N. 9, Artículos 5(7).
32. Reglas de la IBA (International Bar Association) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, N. 3, Artículo 8(2).
33. Reglas Sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internaccional (Reglas de Praga), N. 9, Artículo 5(9).
34. Reglas de la IBA (International Bar Association) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, N. 3, Artículo 8(2).
35. Ibídem, Artículo 8(2).
36. Reglas Sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internaccional (Reglas de Praga), N. 9, Artículo 8(2).
37. M. Reggiardo & E. Dibos, N. 29.
38. Reglas de la IBA (International Bar Association) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, N. 3, Artículo 8(5).

reza: "[n]o será considerado impropio que una Parte, sus directivos, empleados, asesores legales u otros representantes, entrevisten a sus testigos o potenciales testigos y discutan con ellos sus posibles testimonios"[39]. Es menester señalar que esta preparación de los testigos no es aceptable usualmente en los regímenes del *civil law*, situación que se ve reflejada en la no incorporación de una norma análoga en las Reglas de Praga.

2.3. En cuanto a la producción de la prueba pericial

De la revisión de las disposiciones contenidas en ambas directrices en relación a los testigos expertos, no nos sorprende que, al igual que en la regulación de las demás materias, las Reglas de la IBA contienen disposiciones más detallistas que las Reglas de Praga. A modo de ejemplo, las primeras regulan pormenorizadamente el contenido del dictamen pericial[40].

En las Reglas de la IBA los peritos son considerados testigos expertos, lo que implica que expresan sus opiniones en base a su propia experiencia, con el objeto de ayudar al tribunal arbitral en aquellas materias referidas en su informe[41], a diferencia de un testigo ordinario que declarará sobre los hechos, pero no desde una perspectiva objetiva[42].

En las dos guías se admite la posibilidad de designar peritos de oficio o por las partes[43]. En la práctica del arbitraje internacional, solo en casos excepcionales es el tribunal el

39. Reglas de la IBA (International Bar Association) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, N. 3, Artículo 4(3).
40. Ibídem, Artículos 5(2) y 6(4).
41. De esa misma forma lo entiende el *Chartered Institute of Arbitrators Protocol for the Use of Party-Appointed Expert Witnesses in International Arbitration*, Artículos 4(3) y 8(a), <https://bit.ly/32LoiF6> (10/05/2020).
42. Tratándose de los peritos designados por las partes, el profesor D. Jones, N. 6, p. 11, reconoce que existen importantes desafíos en cuanto a la objetividad con la que deben actuar, toda vez que su labor es ayudar al tribunal y no a la parte que los nombró. En el mismo sentido se puede consultar M. Kantor, "A Code of Conduct for Party-Appointed Experts in International Arbitration", *Arbitration International*, Vol. 26, No. 3, p. 323 y siguientes.
43. En nuestra opinión las partes pueden ahorrar bastante tiempo y dinero si el tribunal arbitral designa el perito, además de que muchas veces se puede focalizar en forma más útil la prueba.

que designa los peritos, ya que usualmente solo se producen peritajes de parte[44]. En la guía proveniente del *common law*, se establece que, en el escenario que un perito designado por la parte, cuya comparecencia a la audiencia probatoria haya sido solicitada, no lo hiciera, el tribunal arbitral podrá descartar el dictamen pericial, a menos que en circunstancias excepcionales determine lo contrario[45]; mientras que en las reglas influenciadas por el principio inquisitorio, la actuación del perito se puede limitar a la entrega de su informe escrito, sin perjuicio de la posibilidad de que sea convocado para ratificar su testimonio en la audiencia respectiva[46].

Ahondando en los testigos expertos nombrados por las partes, cabe hacer mención que es crucial la declaración de independencia de estos, cuestión que se encuentra recogida en las Reglas de la IBA[47], como también en el *CIArb Protocol*[48], que en su artículo 8 indica los requisitos que debe cumplir el testigo experto para declarar que su evidencia no ha sido influenciada por las presiones del proceso ni por alguna de las partes.

Al tratarse del dictamen pericial, cuando el testigo experto es designado por el tribunal, en los procedimientos sujetos a las reglas propias del sistema adversarial, el perito, antes de aceptar su nombramiento, también deberá pronunciarse

---

44. T. Chelmick & G. Spalton, "Organisation of the Proceedings in Construction Arbitrations", en S. Brekoulakis & D. Brynmor Thomas (Eds.), *The Guide to Construction Arbitration, Global Arbitration Review*, Second Edition, 2018, p. 164.
45. Reglas de la IBA (International Bar Association) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, N. 3, Artículo 5(5).
46. Reglas Sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internaccional (Reglas de Praga), N. 9, Artículo 6(4).
47. De acuerdo al artículo 5(2) de las Reglas de la IBA el dictamen del perito designado por una parte deberá contener una declaración acerca de su independencia respecto a las partes, sus asesores legales y el tribunal arbitral, como también una descripción de las instrucciones que ha recibido para evacuar sus opiniones y conclusiones, disposiciones que fueron incorporadas en la versión más reciente de la guía.
48. *Chartered Institute of Arbitrators, Protocol for the Use of Party-Appointed Expert Witnesses in International Arbitration*, N. 41. De acuerdo a lo expuesto en su prefacio, amplía las Reglas de la IBA, toda vez que brinda una guía más detallada sobre lo que debería estar en la opinión escrita de un experto, entre otros aspectos de los que se ocupa más minuciosamente.

sobre su cualificación e independencia[49], y las partes, a su turno, deberán informar si tienen alguna objeción sobre dicho pronunciamiento. El informe del perito será enviado a las partes, las que podrán examinarlo y contestarlo mediante la presentación de un escrito, de una declaración testimonial o mediante otro dictamen pericial de un perito designado por la parte[50]. Resulta especialmente interesante las facultades que se otorgan al testigo experto en estas circunstancias, toda vez que estará dotado de la misma autoridad que el tribunal arbitral para solicitar acceso a la información[51].

A propósito del nombramiento del perito designado por el tribunal arbitral, cabe destacar el deber de recabar las sugerencias de las partes sobre el nombramiento, a pesar de que dichas recomendaciones no tengan carácter vinculante para el tribunal[52].

Ahora bien, ambas reglas contemplan la posibilidad de efectuar una reunión de peritos, por instrucción del tribunal, –en caso de las Reglas de la IBA procede solo tratándose de peritos designados por las partes, a diferencia de las Reglas de Praga que no establecen esa limitación–, con el objeto de que se pronuncien sobre aquellos puntos cuyas posturas coinciden, como también aquellos en que discrepen, y en este caso, las razones del desacuerdo[53,54,55].

---

49. Reglas de la IBA (International Bar Association) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, N. 3, Artículo 6(2).
50. Ibídem, Artículo 6(5).
51. Ibídem, Artículo 6(3).
52. Reglas Sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internaccional (Reglas de Praga), N. 9, Artículo 6(2)(a).
53. Reglas de la IBA (International Bar Association) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, N. 3, Artículo 5(4).
54. Reglas Sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internaccional (Reglas de Praga), N. 9, Artículo 6(7).
55. La reunión de peritos es una práctica recomendada por la CCI para reducir tiempo y costos en el arbitraje, de acuerdo al *ICC Commission Report: Controlling Time and Costs in Arbitration*, 2014, <https://bit.ly/3elRcjV> (11/05/2020).

Asimismo, en el contexto de las Reglas de la IBA, durante la audiencia probatoria el tribunal arbitral, las partes, y los peritos designados por estas últimas, podrán interrogar al testigo experto designado por el tribunal sobre cuestiones surgidas en su dictamen, en las presentaciones de las partes o en los informes de los peritos de parte[56]. En lo concerniente a este aspecto, desafortunadamente no existe norma análoga en las Reglas de Praga, atendido a las restricciones para la realización de la audiencia probatoria, sin perjuicio de que el perito pueda ser convocado a ratificar sus conclusiones, de conformidad a lo expuesto precedentemente, y a la posibilidad de que se acuerde una lista de preguntas sobre el contenido de su informe, que contemple las cuestiones cuya revisión se considere necesaria[57].

Otra práctica frecuente, y en nuestra opinión de bastante utilidad, tratándose de informes de testigos expertos contradictorios, es el empleo del mecanismo de *hot tubbing*, consistente en que el tribunal arbitral escucha a los distintos expertos en forma simultánea acerca de temas específicos, de modo que cada experto pueda responder a los puntos levantados por otros expertos, lo que facilita la comprensión de las diferencias por parte del tribunal arbitral en forma más rápida y eficiente.

Frente a informes periciales contradictorios, creemos que el tribunal arbitral, en su labor de búsqueda de la verdad, debe analizar la armonía que guarden con las demás pruebas rendidas en el proceso, los antecedentes que considero cada testigo experto, y cuales son las buenas prácticas de la industria.

Por último, y sin intenciones de acabar esta interesante temática, estimamos bastante útiles las buenas prácticas

56. Reglas de la IBA (International Bar Association) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, N. 3, Artículo 8(3)(d).
57. Reglas Sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internaccional (Reglas de Praga), N. 9, Artículo 1(2).

sugeridas por el profesor Jones en su reciente publicación[58], aplicables en aquellos casos que participa más de un testigo experto, que al igual que las reglas analizadas en el presente artículo, apuntan al aumento de eficiencia y la reducción de los costos, a través de la reducción e identificación de las diferencias en los distintos dictámenes periciales; a saber[59]:

(i) Identificar las disciplinas que requieren evidencia experta, y los testigos expertos propuestos.

(ii) Establecer dentro de cada disciplina una lista común de preguntas.

(iii) Diferir la producción de los informes de los testigos expertos hasta que toda la evidencia objetiva, esto es, prueba documental y testimonial, esté disponible.

(iv) Exigir a los testigos expertos de cada disciplina que produzcan un informe conjunto, identificando las áreas de acuerdo y de desacuerdo.

(v) Exigir a los testigos expertos de cada disciplina que produzcan un informe individual solo en aquellas áreas que hay desacuerdo.

(vi) Exigir a los testigos expertos que produzcan informes de "respuesta" sobre la base de los montos no disputados.

3. Conclusiones

A modo de conclusión estimamos menester señalar que la aplicación de una u otra regla dependerá de cada caso en particular, de las tradiciones jurídicas de las partes

58. D. Jones, N. 6, p. 13.

59. Traducción libre. Texto original: "*1.- First, identify disciplines in need of expert evidence and experts proposed; 2.- Second, establish within each discipline a common list of questions; 3.- Third, defer the production of all expert reports until all factual evidence (documentary and witness) is available; 4.- Fourth, require the experts within each discipline to produce a joint expert reports identifying areas of agreement and disagreement; 5.- Fifth, require the experts within each discipline to produce individual experts reports on areas on disagreement only; and 6.- Sixth, require the experts to produce "reply" experts reports conducted on a "figures-as-figures" basis*".

involucradas, como también del rol más o menos activo que se quiera otorgar al tribunal arbitral.

El primer borrador de las Reglas de Praga, erróneamente a nuestro parecer, indicaba que nacían como respuesta a las Reglas de la IBA y sus problemas, por lo que se entendía que venían a ser una suerte de reemplazo u opción. Afortunadamente, en la versión definitiva, se eliminó esa alusión, y se agregó la siguiente mención: "[l]a finalidad de las Reglas de Praga no es reemplazar las ya facilitadas por varias instituciones, sino que están diseñadas para complementar el procedimiento acordado por las partes o para ser aplicadas por los tribunales arbitrales en una controversia específica"[60]. De igual forma, el prólogo de las Reglas de la IBA sostiene: "[l]as Reglas están diseñadas para ser usadas y adoptadas conjuntamente con reglas institucionales, ad-hoc u otras reglas o procedimientos que puedan resultar de aplicación en arbitrajes internacionales".

De acuerdo a nuestro parecer, al tratarse de normas de *soft law*, y considerando que son guías o directrices, lo óptimo es adecuarlas para cada caso, atendido a las particularidades que pueden tener, tomando ciertos aspectos de la guía que sigue la tradición del *common law* y otros de aquella familiarizada con el *civil law*, de modo tal que la producción de la prueba se ajuste a las circunstancias propias de cada disputa.

Por último, no hay que dejar de mencionar, que las Reglas de la IBA han tenido una amplia aceptación en la comunidad internacional, lo que queda en evidencia en su adopción en numerosos procedimientos, en las casi cuatro décadas que han transcurrido desde la publicación de su primera versión[61]. Las Reglas de Praga, por su parte, están recién zarpando su viaje, por lo que el tiempo dirá la acogida que tendrán.

60. Reglas Sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internaccional (Reglas de Praga), N. 9.
61. Las Reglas Suplementarias de la IBA que Regulan la Presentación y Recepción de Prueba en el Arbitraje Comercial Internacional fueron originalmente dictadas en 1983.

Las normas sobre la práctica de la prueba: Reglas IBA, Reglas de Praga o la autonomía de la voluntad

*Blanca Gómez de la Torre Gómez**
*Camila Andrade Moreno***

Recibido/Received: 07/08/2020
Aceptado/Accepted: 30/09/2020

Sumario: 1. Introducción. **2.** Reglas IBA y Reglas de Praga. **2.1.** Reglas IBA, de dónde surgen y en qué consisten. **2.2.** Reglas de Praga, de dónde surgen y en qué consisten. **2.3.** Aplicación internacional. **3.** Normativa sobre la prueba en el derecho ecuatoriano. **3.1.** Normativa sobre el procedimiento para la actuación de pruebas en la Ley de Arbitraje y Mediación. **3.2.** Normativa sobre procedimiento en centros de arbitraje nacionales. **3.3.** El acuerdo de las partes como fuente del procedimiento en actuación de pruebas. **3.4.** Normativa sobre el procedimiento de admisibilidad, tipo y valoración de la prueba en el COGEP. **4.** Síntesis comparativa de las Reglas IBA, Praga y COGEP. **5.** ¿Se requiere una reforma legal para incorporar las Reglas IBA o Praga al procedimiento arbitral nacional? **6.** Conclusiones.

Resumen: El uso de las Reglas de la IBA sobre la Práctica de la Prueba en el Arbitraje Internacional (Reglas IBA) o las Reglas

---

* Socia de la firma ECIJA GPA. Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Especialista superior en Derecho Procesal por la Universidad Andina Simón Bolívar. Máster en Derecho Comercial Internacional por la Universidad Internacional de la Rioja. Correo electrónico: bgomezdelatorre@ecija.com

** Asociada de la firma ECIJA GPA. Abogada por la Universidad de los Hemisferios. Máster en Análisis Económico del Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Correo electrónico: candrade@ecija.com

B. Gómez De La Torre Gómez & C. Andrade Moreno, "Las normas sobre la práctica de la prueba: Reglas IBA, Reglas de Praga o la autonomía de la voluntad", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 11, 2020, pp. 61-89.

ISSN: 2600-5611 / e-ISSN: 2600-562X
DOI: 10.36649/rea1103

Praga Sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional (Reglas de Praga) no es una práctica usual en el arbitraje nacional. Este ensayo se orienta a divulgar su contenido y a explorar la posibilidad de su uso con la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM) vigente o de requerirse plantear una reforma a la referida Ley.

Palabras Clave: Reglas IBA, Reglas de Praga, COGEP, prueba, autonomía de la voluntad.

Rules about the practice of evidence: IBA Rules, The Prague Rules, or party autonomy

Abstract: The use of the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (IBA Rules) or the Rules on the Efficient Conduct of Proceedings in International Arbitration (Prague Rules) is not a common practice in national arbitration. This essay is aimed to publicize its content and to explore the possibility of its use with the current Arbitration and Mediation Law (LAM) or if it is required to propose an amendment to the Law.

Keywords: IBA Rules, Prague Rules, COGEP, evidence, freedom of choice.

1. Introducción

A nivel mundial, la mayoría de los países ha diseñado leyes de arbitraje que proveen el marco legal aplicable para la práctica de este proceso. No obstante, por principio de la autonomía de la voluntad y en aplicación de una de las características más sobresalientes de la institución arbitral, como lo es la flexibilidad, las partes son libres de convenir o pactar el procedimiento que consideren más beneficioso para ellas.

Esta flexibilidad se ve reflejada aún más en la fase probatoria, en donde tanto las partes como los árbitros disponen de amplia libertad

para determinar diversas reglas aplicables, cuyo límite se encuentra en el respeto al orden público y el debido proceso. Esto quiere decir que, a pesar de la libertad que tienen las partes para llevar a cabo su procedimiento, sí deben hacerlo con sumisión a aquellos principios fundamentales del proceso, que garanticen, al menos, el derecho de contradicción de las partes y el derecho a la defensa. "Naturalmente, derecho procesal no equivale a rito ni formulismo, como tampoco flexibilidad procesal equivale a anarquía"[1].

Es así como las partes pueden, precisamente, estructurar su proceso de forma tal, que se adapte a las características propias del conflicto, o, en lugar de redactar un procedimiento específico para cada relación jurídica, pueden escoger o modificar, según convenga, las

> [n]ormas de procedimiento sean las de una determinada institución o centro arbitral, como las Cámaras de Comercio u otras entidades especializadas, las que suelen competir en el mercado arbitral, justamente proponiendo reglas y usos de probada eficacia y flexibilidad, en las que procuran lograr un adecuado balance de certidumbre y seguridad sobre cuestiones esenciales, sin sacrificar la flexibilidad y agilidad proverbialmente enunciadas como ventajas del sistema arbitral[2].

Más aún, las normas que regulan el procedimiento arbitral a nivel internacional, en consideración de la variada confluencia de partes, abogados y árbitros, y con ello, de distintos modelos y tradiciones jurídicas, pretenden dar respuesta a esta cuestión que podría constituir una problemática para el desarrollo del proceso. En materia procesal, especialmente en cuestiones probatorias, el contraste de los principales sistemas, del *common law* y derecho civil, resulta ser más intenso, cuyo análisis ha revelado diferencias, principalmente, en cuanto

> [a]l grado de intervención pública en la prueba, a la estructura del proceso civil, al alcance, sentido y función de la práctica

1. C. Coronel Jones, *Arbitraje y Procedimiento*, <https://bit.ly/38cQPHd> (24/04/2020).
2. Ibídem.

> probatoria, al régimen de actos introductorios del proceso y a los criterios de relevancia en la admisión de la prueba, al deber de cooperación de las partes y los terceros, a la protección de la privacidad y la confidencialidad e incluso a la conceptuación de la verdad y del modo en que el sistema procesal contribuye a su búsqueda[3].

Así, el objetivo de este trabajo se centra en examinar las normas para la práctica de la prueba que han sido diseñadas por las Reglas IBA de 2010, cuya esencia pretende proporcionar un procedimiento eficiente para la práctica de la prueba en el arbitraje internacional, así como las Reglas de Praga, conocidas como el nuevo *soft law* para regir procedimientos arbitrales. Además, en contexto de posibles reformas a la LAM, se analizará la necesidad o no de generar una reforma legal, o si aquellas pretendidas modificaciones o actualizaciones al sistema arbitral local, pueden fácilmente ser adoptadas por los propios centros arbitrales en sus reglamentos.

2. Reglas IBA y Reglas de Praga

2.1. Reglas IBA, de dónde surgen y en qué consisten

Las Reglas IBA[4], las cuales fueron adoptadas originalmente en 1983 bajo el nombre "Reglas Suplementarias de la IBA que regulan la Presentación

3. C. Herrera Petrus, *Reflexiones sobre el discovery y otros aspectos probatorios del common law en el arbitraje internacional desde la perspectiva del jurista continental*, <https://bit.ly/3mPeSjt>, (28/05/2020).
4. Con el objeto de detectar problemas relativos a la conducta de los abogados en arbitraje internacional, sujetos a diferentes normas que podrían resultar contradictorias, en el año 2008, el Comité de Arbitraje de la IBA estableció un Grupo de Trabajo sobre la Práctica del Abogado en el Arbitraje Internacional. Es así como en el año 2010, se llevó a cabo una encuesta, producto de la cual, según reza del preámbulo de las Directrices, se reveló un cierto grado de incertidumbre en relación con las normas que rigen a la representación de parte en el arbitraje, tales como conflictos de interés, preparación de testigos, el "*third-party funding*", entre otros. Como consecuencia de lo anterior, la IBA, en el año 2013, publicó las Directrices sobre la Representación de Parte en el Arbitraje Internacional, que proponen estándares de conducta a los abogados, representantes de las partes en un procedimiento arbitral, que, por tanto, complementan y refuerzan las Reglas de la IBA sobre la práctica de la prueba del año 2010.
F. J. Montero & M. Romero, *La Conducta del Abogado y la Práctica de la Prueba en el Arbitraje Internacional*, <https://bit.ly/32cK2JX> (11/06/2020).

y Recepción de Prueba en el Arbitraje Comercial Internacional", cuya primera versión fue posteriormente revisada en 1999, como las "Reglas de la IBA sobre la Práctica de la Prueba en el Arbitraje Comercial Internacional", y finalmente en 2010, la versión revisada de esta última adoptó el nombre de "Reglas de la IBA sobre la Práctica de la Prueba en el Arbitraje Internacional", tienen como objetivo el proporcionar un "procedimiento eficiente, económico y equitativo para la práctica de la prueba en el arbitraje internacional. Las Reglas IBA proporcionan mecanismos para la presentación de documentos, testigos, peritos e inspecciones, así como para el desarrollo de las audiencias en las que dicha prueba se practica"[5].

Según indica el Preámbulo de las Reglas IBA, este procedimiento está enfocado, particularmente, para aquellos arbitrajes internacionales que surgen entre partes de distintas tradiciones jurídicas, y que, además, pueden ser usadas junto con reglas institucionales, *ad hoc* o aquellas diseñadas por las partes, de forma tal que estas últimas, así como los tribunales arbitrales, pueden libremente adaptarlas a situaciones individuales de cada proceso.

En otras palabras, las Reglas IBA reflejan procedimientos empleados en diferentes sistemas legales y por ello, pueden ser de particular utilidad cuando las partes provienen de diferentes tradiciones legales y, asimismo, proporcionan al tribunal arbitral, herramientas para determinar la admisibilidad, relevancia, importancia y valor de las pruebas, conforme se describe a continuación.

En relación con el rol del tribunal arbitral, las Reglas IBA, en su artículo 2, numeral 1, obligan al tribunal a consultar a las partes a fin de normar el procedimiento para la práctica de

5. Reglas de la IBA (International Bar Association) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional (2010).

la prueba, el que puede referirse, según su numeral segundo, al ámbito, tiempo y forma de la práctica de la prueba. "El Tribunal Arbitral deberá consultar a las Partes tan pronto como sea procedimentalmente posible e invitarlas a consultarse mutuamente a fin de acordar un procedimiento eficiente, económico y equitativo para la práctica de la prueba"[6].

El artículo 3, numeral 10, faculta al Tribunal, en cualquier momento antes de la conclusión del arbitraje, a pedir a cualquiera de las partes que exhiba documentos[7]. De otro lado, en relación con la prueba pericial, el artículo 5, numeral 4, faculta al tribunal arbitral a ordenar a los peritos designados por las partes, que vayan a presentar o que hayan presentado dictámenes periciales sobre el mismo asunto o conexos, a que se reúnan y deliberen acerca de tal asunto.

> El Tribunal Arbitral podrá, a su discreción, ordenar que los Peritos Designados por las Partes que vayan a presentar o que hayan presentado Dictámenes Periciales sobre los mismos asuntos o sobre asuntos conexos, se reúnan y deliberen acerca de tales asuntos. En dicha reunión, los Peritos Designados por las Partes deberán tratar de llegar a un acuerdo sobre los asuntos a que se refieren sus Dictámenes Periciales y harán constar por escrito aquellos puntos sobre los que lleguen a un acuerdo, así como aquellos otros sobre los que exista desacuerdo y las razones de ello[8].

Por su parte, el artículo 6, numeral 1, faculta al tribunal arbitral a designar peritos independientes a fin de que se pronuncien sobre cuestiones específicas que este requiera, pero siempre sujeto al pronunciamiento de las partes.

> El Tribunal Arbitral, después de consultar a las Partes, podrá designar uno o más Peritos independientes para que dictaminen sobre cuestiones específicas determinadas por el Tribunal Arbitral. El Tribunal Arbitral, previa consulta a las

6. Ibídem, Artículo 2(1).
7. Ibídem, Artículo 3(10).
8. Ibídem, Artículo 5(4).

> Partes, establecerá los términos de la tarea a desarrollar por el Perito. El Tribunal Arbitral remitirá a las Partes una copia de la versión final de esos términos[9].

El artículo 7 faculta al tribunal, a petición de parte o por iniciativa propia, a inspeccionar o solicitar la inspección por un perito, de cualquier lugar, propiedad, maquinaria o cualesquiera otros bienes, muestras, sistemas, procesos o documentos que considere apropiados.

> Sujeto a las disposiciones del Artículo 9.2, el Tribunal Arbitral podrá, a instancia de una Parte o por iniciativa propia, inspeccionar o solicitar la inspección por un Perito Designado por el Tribunal Arbitral o un Perito Designado por las Partes de cualquier lugar, propiedad, maquinaria o cualesquiera otros bienes, muestras, sistemas, procesos o Documentos que considere apropiados. El Tribunal Arbitral deberá, previa consulta a las Partes, determinar el momento y las circunstancias de la inspección. Las Partes y sus representantes tendrán derecho a estar presentes en cualquiera de estas inspecciones[10].

El artículo 9, numeral 2, se refiere a la facultad del tribunal arbitral de determinar la admisibilidad, relevancia, importancia y valoración de la prueba, señalando los motivos por los cuales puede excluir, a petición de parte, o de oficio, la exhibición de documentos, declaración, testimonio oral o inspección[11]. Esta disposición es de particular importancia, ya que incluye un sistema de objeciones a la práctica de pruebas indebidas, en virtud de la cual, "la reacción tempestiva y diligente de las partes y el buen tino de los árbitros pueden evitar pruebas superfluas o irrelevantes, excesivamente onerosas, lesivas de derechos fundamentales o espacios legítimos de confidencialidad o, en fin, dirigidas a dilatar indebidamente el proceso arbitral"[12].

---

9. Ibídem, Artículo 6(1).
10. Ibídem, Artículo 7.
11. Ibídem, Artículo 9(2).
12. C. Herrera Petrus, N. 3.

> (a) Falta de relevancia suficiente o utilidad para la resolución del caso; (b) existencia de impedimento legal o privilegio bajo las normas jurídicas o éticas determinadas como aplicables por el Tribunal Arbitral; (c) onerosidad o carga excesiva para la práctica de las pruebas solicitadas; (d) pérdida o destrucción del Documento, siempre que se demuestre una razonable probabilidad de que ello haya ocurrido; (e) confidencialidad por razones comerciales o técnicas que el Tribunal Arbitral estime suficientemente relevantes; (f) razones de especial sensibilidad política o institucional que el Tribunal Arbitral estime suficientemente relevantes (incluyendo pruebas que hayan sido clasificadas como secretas por parte de un gobierno o de una institución pública internacional); o (g) consideraciones de economía procesal, proporcionalidad, justicia o igualdad entre las Partes que el Tribunal Arbitral estime suficientemente relevantes.

Según el artículo 9, numeral 5[13], en caso de falta de suministro injustificada de un documento requerido en una solicitud de exhibición de documento, el tribunal arbitral podrá inferir que tal documento es contrario a los intereses de la parte incumplida.

> Si una Parte no suministrare, sin explicación satisfactoria, un Documento requerido en una Solicitud de Exhibición de Documentos que ella no hubiera objetado en debido tiempo o no presentara un Documento que el Tribunal Arbitral hubiera ordenado aportar, el Tribunal Arbitral podrá inferir que ese Documento es contrario a los intereses de esa Parte.

Respecto a la producción de prueba documental, el artículo 3 establece requisitos y diseña un procedimiento para el efecto. Así, en el artículo 3, numeral 3[14] se establecen los requisitos para la solicitud de exhibición de documentos, mientras que el numeral 9[15] indica el proceso que debe seguirse para la exhibición de documentos de una persona u organización que no forma parte del arbitraje:

13. Reglas de la IBA (International Bar Association) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, N. 5, Artículo 9(5).
14. Ibídem, Artículo 3(3).
15. Ibídem, Artículo 3(9).

> Artículo 3, numeral 3. Una Solicitud de Exhibición de Documentos deberá contener: (a) (i) una descripción de cada Documento cuya exhibición se solicite que sea suficiente para identificarlo, o (ii) una descripción suficientemente detallada (incluyendo el asunto de que se trate) de la concreta y específica categoría de Documentos requeridos que razonablemente se crea que existen; en el caso de Documentos conservados en formato electrónico, la Parte solicitante puede ó el Tribunal Arbitral puede requerirle que proceda a, identificar archivos específicos, términos de búsqueda, individuos o cualquier otro medio de búsqueda para esos Documentos en una forma eficiente y económica. (b) una declaración de por qué los Documentos requeridos son relevantes para el caso y sustanciales para su resolución; y (c) (i) una declaración de que los Documentos requeridos no se encuentran en poder, custodia o control de la Parte que los solicita o una declaración de las razones por las cuales sería irrazonablemente gravoso para la Parte solicitante exhibir tales Documentos, y (ii) una declaración sobre las razones por las cuales la Parte solicitante supone que los Documentos requeridos están en poder, custodia o control de otra Parte.
>
> Artículo 3, numeral 9. Si una de las Partes desea que se exhiban Documentos de una persona u organización que no sea parte del arbitraje y respecto de la cual la Parte no pueda obtener los Documentos por sí misma, tal Parte podrá solicitar, dentro del plazo fijado por el Tribunal Arbitral, que se tomen cualesquiera medidas legalmente disponibles para obtener los Documentos requeridos, o pedir permiso al Tribunal Arbitral para adoptar tales medidas por sí misma. Dicha solicitud deberá ser presentada al Tribunal Arbitral y a las otras Partes por escrito, y deberá contener las especificaciones del Artículo 3.3., en tanto estas fueran aplicables. El Tribunal Arbitral decidirá sobre esa solicitud y adoptará, autorizará a la Parte requirente a adoptar, u ordenará a cualquiera de las otras Partes que adopten, las medidas que considere apropiadas si, a su criterio, determina que (i) los Documentos serían relevantes para el caso y sustanciales para su resolución, (ii) se han cumplido los requisitos del Artículo 3.3, en cuanto resulten aplicables y (iii) ninguna de las objeciones contempladas en el Artículo 9.2 es de aplicación.

De los artículos transcritos, se desprende que las Reglas IBA han desarrollado mecanismos a fin de paliar el exceso

de documentación aportada por las partes. Así, según el artículo 3, numeral 3, las partes pueden solicitar que se exhiba un determinado documento o una "concreta y específica categoría de documentos requeridos". En la práctica, incluso la señalización de una concreta y específica categoría de documento puede implicar la presentación de extensos folios. Para ello, las mismas Reglas IBA prevén la facultad del tribunal de denegar tales solicitudes en caso de que a su criterio, no tuvieren relevancia suficiente o supone una carga excesiva para la práctica de las pruebas solicitadas.

Sobre el examen de testigos, el artículo 8, en sus numerales 2 y 5[16], establece un rol proactivo del tribunal arbitral, permitiéndole limitar el número de preguntas que se pueden formular a los testigos:

> 2. El Tribunal Arbitral tendrá en todo momento pleno control sobre la Audiencia Probatoria. El Tribunal Arbitral podrá limitar o excluir cualquier pregunta, respuesta o comparecencia de un testigo, si considerase que dicha pregunta, respuesta o comparecencia es irrelevante, insustancial, irrazonablemente gravosa, repetitiva o que de alguna otra manera se da alguno de los supuestos que justifique su objeción contemplados en el Artículo 9.2. Las preguntas y repreguntas efectuadas a un testigo durante su interrogatorio no deberán inducir irrazonablemente sus respuestas.
>
> 5. Sujeto a lo dispuesto en el Artículo 9.2, el Tribunal Arbitral podrá solicitar a cualquier persona que presente pruebas orales o escritas sobre cualquier asunto que el Tribunal Arbitral considere relevante para el caso y sustancial para su resolución. Cualquier testigo convocado e interrogado por el Tribunal Arbitral también podrá ser interrogado por las Partes.

Finalmente, en caso de que las partes deseen adoptar las Reglas IBA, estas recomiendan adoptar la siguiente redacción

16. Ibídem, Artículos 8(2) y 8(5).

en el correspondiente convenio arbitral, seleccionando una de las siguientes alternativas:

> Además de las reglas institucionales, ad hoc u otras reglas elegidas por las partes, las partes acuerdan que el arbitraje se desarrollará conforme a las Reglas de la IBA sobre Prueba que se encuentran vigentes a la fecha de [este acuerdo/el inicio del arbitraje]'.
>
> Asimismo, las partes y los Tribunales Arbitrales pueden adoptar las Reglas de la IBA sobre Prueba, en todo o en parte, al inicio del arbitraje o en cualquier momento posterior. Podrán también modificarlas o utilizarlas como guías para el desarrollo de su propio procedimiento[17].

En síntesis, podemos decir que las Reglas IBA proporcionan normas, que como se ha dicho, las partes pueden incorporarlas a su convenio arbitral, en todo o en parte, o incluso una vez iniciado el procedimiento. Este conjunto de normas se caracteriza por contener un equilibrio entre las distintas corrientes procesales, al haber creado precisamente un puente entre ellos. Sin embargo,

> [n]o puede sorprender que estas reglas recojan y trasluzcan, entre otras posibilidades, diversos principios y prácticas habituales en el common law, tales como las testificales escritas, la cross-examination de los testigos y el discovery de documentos, si bien todos ellos matizados y con sujeción a aquellas modulaciones que las partes y los árbitros estimen oportunas en cada caso concreto[18].

2.2. Reglas de Praga, de dónde surgen y en qué consisten

Debido a una generalizada insatisfacción de aquellos usuarios del sistema arbitral, principalmente, sobre el tiempo y costos que este proceso implica, se conformó un Grupo de Trabajo, compuesto por representantes de treinta jurisdicciones, de derecho civil, quienes, con la base de las tradiciones

17. Ibídem, p. 3.
18. C. Herrera Petrus, N. 3.

procedimentales aplicadas en el arbitraje internacional en cada uno de sus países, prepararon un primer borrador de las hoy denominadas Reglas Praga Sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional, difundidas en enero de 2018 y finalmente adoptadas el 14 de diciembre de 2018, en Praga, República Checa. En opinión de este Grupo de Trabajo, la ineficiencia del sistema arbitral se debe, en suma, a la cantidad de documentos aportados por las partes, la abundancia de testigos y pericias, así como la extensa duración de las audiencias.

Este documento fue, inicialmente, concebido para aquellos procesos arbitrales, cuyas controversias resulten entre compañías radicadas en jurisdicciones de derecho civil; sin embargo, luego de varios debates, y una mejor redacción de este, se verificó que podría ser aplicado a cualquier procedimiento arbitral cuya naturaleza amerite una gestión más proactiva del tribunal arbitral.

De acuerdo con el Preámbulo de las Reglas de Praga, estas nacen con la finalidad no de reemplazar aquellas reglas que han sido facilitadas por varias instituciones arbitrales, sino más bien para completar, en todo o en parte, aquellas que fueren convenidas por las partes, cuya premisa adopta al sistema procesal del derecho civil que exige una mayor intervención del tribunal arbitral, quien está facultado a conducir ampliamente al proceso arbitral, con el fin de lograr mayor eficiencia y reducción de costos. Así, estas serán aplicables ante el acuerdo de las partes o por iniciativa del propio tribunal arbitral, previa consulta a las partes.

Para muchos, las Reglas de Praga nacen como una alternativa a las Reglas IBA, cuya principal característica es la libertad de las partes para normar su procedimiento. Así, las Reglas de Praga determinan una labor más determinante del tribunal arbitral, lo que se encuentra contemplado en el artículo

1(2)[19], que establece que este puede aplicar las Reglas de Praga o cualesquiera de sus disposiciones, aún sin el consentimiento de las partes.

Así también, se establece un rol más activo del tribunal respecto al establecimiento de los hechos, toma de prueba y aplicación de distintas disposiciones legales, en observancia al principio *iura novit curia*. Así lo disponen los artículos 3(1), 5(6), 7, y 9[20].

> 3.1. El tribunal arbitral está legitimado –y se le alienta– para adoptar la iniciativa en el establecimiento de aquellos hechos del caso que considere relevantes para la resolución de la controversia. Sin embargo, esta iniciativa no liberará a las partes de su carga de la prueba.
>
> 7.1. Cada parte tiene la carga de probar sus pretensiones.
>
> 7.2. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá aplicar disposiciones legales que no hayan sido invocadas por las partes si así lo estima necesario, incluyendo, entre otras, normas imperativas. En estos supuestos, el tribunal arbitral recabará el parecer de las partes sobre las normas legales que intente aplicar. El tribunal arbitral también podrá apoyarse en antecedentes legales –aunque no hayan sido citados por las partes– si se refieren a disposiciones legales alegadas por las partes y siempre que las partes haya [sic.] tenido oportunidad de expresar su parecer sobre su contenido.
>
> 9. Asistencia en un Acuerdo Transaccional.
>
> 9.1. El tribunal arbitral podrá ayudar a las partes a alcanzar una solución transaccional de la controversia durante cualquier fase del arbitraje, salvo que concurra la objeción de una de las partes.

En cuanto al aporte de documentación, las partes están limitadas sujeto a lo previsto en el artículo 4[21]. En primer lugar, las Reglas de Praga invitan a las partes y al tribunal a

19. Reglas Sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internaccional (Reglas de Praga) (2018), Artículo 1(2).
20. Ibídem, Artículos 3(1), 5(6), 7 y 9.
21. Ibídem, Artículo 4.

evitar cualquier método de exhibición documental, incluido el "*discovery*" electrónico. Esto es, el tribunal arbitral está facultado, bajo esta normativa, a limitar o impedir el aporte excesivo de documentación, incluida aquella electrónica, sin perjuicio del derecho de una de las partes de solicitar al tribunal arbitral, de así considerarlo conveniente, la aportación de determinados documentos en poder de la otra parte, siempre que resulten relevantes y pertinentes para la resolución del caso.

> 4.2. Como regla general, se invita al tribunal arbitral y a las partes a evitar cualquier método de exhibición documental, incluido el discovery electrónico.
>
> 4.3. No obstante, si una parte considera conveniente requerir a la parte contraria la aportación de determinados documentos, deberá indicárselo así al tribunal arbitral en la reunión preliminar, justificando los motivos por los que, en su opinión y en ese asunto específico, puede proceder la exhibición documental. Si el tribunal arbitral resulta convencido de la necesidad de la exhibición documental, deberá prever un incidente de aportación documental e incluir su tramitación en el calendario de actuaciones.

La limitación de testigos también es un asunto del que se han hecho cargo las Reglas de Praga. Así, sus artículos 5(2) y 5(3)[22], facultan al tribunal arbitral a excluir aquellos testigos que a su criterio no resulten útiles para la resolución del caso, así como a denegar la práctica del interrogatorio a determinados testigos, por resultar irrelevantes o innecesarios para la resolución de la controversia.

> 5.2. Después de haber oído a las partes, el tribunal arbitral decidirá los testigos que serán citados para prestar declaración en las audiencias, según los Artículos 5.3 a 5.9 siguientes.
>
> 5.3. El tribunal arbitral podrá denegar la práctica del interrogatorio de determinados testigos durante la audiencia antes o después de la aportación al procedimiento de su declaración testifical escrita; especialmente, si considera que tal declaración es irrelevante, superflua, demasiado gravosa,

22. Ibídem, Artículos 5(2) y 5(3).

> reiterativa o, por cualquier otro motivo, innecesaria para la resolución de la controversia.

En cuanto al examen de testigos, el tribunal arbitral está también facultado para limitar el interrogatorio de estos, incluso cuando existiere una declaración testifical por escrito:

> 5.5. El tribunal arbitral, si así lo estima pertinente, podrá invitar a una parte a aportar la declaración testifical escrita de un determinado testigo antes de la audiencia.
>
> 5.6. Si una parte aporta una declaración testifical escrita sobre la base del Artículo 5.4 o tras la invitación del tribunal arbitral del Artículo 5.5, el tribunal arbitral, una vez oídas las partes, podrá denegar, pese a todo, la práctica de la declaración de ese testigo durante la audiencia[23].

En definitiva, las Reglas de Praga traen consigo un enfoque del derecho continental, al otorgar facultades al tribunal arbitral que suponen un rol más proactivo de este. Entre estas facultades, podríamos destacar aquella sujeta a la aplicación del principio *iura novit curia* y la asistencia en la solución amistosa del conflicto. De acuerdo con la primera, las partes estarían liberadas, de alguna manera, de hacer un examen exhaustivo de toda la normativa que fundamente su alegación. De acuerdo con la segunda, las Reglas de Praga dicen que el tribunal arbitral podría asistir a las partes a alcanzar un acuerdo amistoso, siempre y cuando ello esté permitido por la *lex arbitri*.

2.3. Aplicación internacional

El arbitraje internacional es un espacio de encuentro de distintas culturas procesales, especialmente, en materia probatoria. A pesar de que existen varias instituciones arbitrales y legislaciones nacionales en esta materia, estas no

23. Ibídem, Artículos 5(5) y 5(6).

han desarrollado de forma amplia aquellas normas sobre la práctica de la prueba aplicable al arbitraje.

Lo anterior, en gran medida, se debe justamente al principio de autonomía de la voluntad de las partes, así como el de flexibilidad, que les permite adecuar el proceso de la forma que mejor convenga. Ello, además, constituye uno de los principales motivos por el que el proceso arbitral resulta llamativo; se trata de un foro neutral, en donde las partes pueden hacer uso de diferentes sistemas procesales, incluso adecuándolo a su mejor criterio, lejos de los habituados respectivos tribunales de justicia ordinarios.

Así, el arbitraje internacional resulta en un espacio de encuentro, que permite la confluencia de distintas tradiciones jurídicas, que trata de alguna manera, de abstraer aquellos beneficios de cada uno de ellos, y como consecuencia de lo anterior, obtener un mismo procedimiento que resulte ventajoso para las partes, de acuerdo con las características particulares de su controversia.

Las Reglas IBA y las Reglas de Praga constituyen ejemplos del *soft law* que resultan aplicables para la práctica arbitral internacional, las cuales, devienen de un propósito de proporcionar guías eficientes para la práctica de la prueba, que concilien los diversos sistemas jurídicos mundiales. Mientras las Reglas IBA lo hacen en un espíritu integrativo de los sistemas del derecho de comunes y el derecho contintental, las Reglas de Praga parten de una concepción eminentemente apegada al derecho continental. Ambas, sin embargo, tienen como fin una mejora del sistema arbitral, que permita llevar a cabo un proceso eficiente a través de la reducción de costos y tiempo.

3. Normativa sobre la prueba en el derecho ecuatoriano

3.1. Normativa sobre el procedimiento para la actuación de pruebas en la Ley de Arbitraje y Mediación

El procedimiento en cuanto a la actuación de prueba en la LAM se encuentra reglada en tres momentos procesales:

(i) Como requisito para la presentación de la demanda, contestación a la demanda, reconvención y contestación a la reconvención[24];

(ii) A ser practicadas durante el proceso arbitral[25]; y,

---

24. Ley de Arbitraje y Mediación, RO No. 417, 14/12/2006.
"Art. 10.- La demanda se presentará ante el director del centro de arbitraje correspondiente o ante el árbitro o árbitros independientes que se hubieren establecido en el convenio. La demanda contendrá: 1. La designación del centro o del árbitro ante quien se la propone. 2. La identificación del actor y la del demandado. 3. Los fundamentos de hecho y de derecho, expuestos con claridad y precisión. 4. La cosa, cantidad o hecho que se exige. 5. La determinación de la cuantía. 6. La designación del lugar en que debe citarse al demandado, y la del lugar donde debe notificarse al actor. 7. Los demás requisitos que la ley exija para cada caso. Se deberán, además, cumplir los requisitos señalados en el artículo 68 del Código de Procedimiento Civil. A la demanda se acompañará necesariamente el instrumento en que conste el respectivo convenio arbitral o copia auténtica de éste. Adicionalmente, se adjuntarán las pruebas y se solicitará la práctica de las diligencias probatorias que justifiquen lo aducido en la demanda".
"Art. 11.- Presentada la demanda, el director del centro de arbitraje, o si fuere el caso, el árbitro o árbitros independientes previa su posesión conforme lo establecido en el artículo 17, calificarán la demanda y mandarán a citar a la otra parte, debiendo practicarse la diligencia de citación dentro de los cinco días subsiguientes, concediéndole el término de diez días para que conteste con los mismos requisitos exigidos por el Código de Procedimiento Civil para la contestación de la demanda. Adicionalmente, se adjuntarán las pruebas y se solicitará la práctica de las diligencias probatorias, que justifiquen lo aducido en la contestación. El silencio se considerará como negativa pura y simple de los fundamentos de la demanda. Si al actor le fuere imposible determinar el domicilio del demandado, la citación se hará mediante dos publicaciones en un diario de amplia circulación en el lugar en donde se sigue el arbitraje y en el domicilio del demandado. Si el demandado no compareciere en el término de diez (10) días después de la última publicación, este hecho se tendrá como negativa pura y simple de los fundamentos de la demanda. La imposibilidad de determinación del domicilio del demandado deberá justificarse con arreglo a las normas del Código de Procedimiento Civil".
"Art. 12.- Si el demandado tuviere su domicilio fuera del lugar de arbitraje, se le concederá un término extraordinario para que conteste la demanda, el que no podrá exceder del doble del ordinario. Al contestar la demanda, el demandado podrá reconvenir exclusivamente sobre la misma materia del arbitraje siempre y cuando su pretensión pueda, conforme al convenio arbitral, someterse al arbitraje. En este caso se concederá al actor el término de diez días para que conteste la reconvención. A la reconvención y su contestación se deberá adjuntar las pruebas y solicitar las diligencias probatorias que justifiquen lo aducido en éstas".
25. Ídem.
"Art. 22.- Una vez constituido el tribunal, se fijará día y hora para la audiencia de sustanciación en la que se posesionará el secretario designado, se leerá el documento que contenga el convenio

(iii) Como causal de nulidad si no se hubiere convocado, no se hubiere notificado la convocatoria, o si luego de convocada no se hubiere practicado las pruebas, a pesar de la existencia de hechos que deban justificarse[26].

De lo anterior se desprende que la LAM nada dice sobre los requisitos para la admisibilidad de la prueba, la forma de su valoración, cuáles son las pruebas que pueden actuarse y la forma en que deberían hacerlo. Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 38 del mismo cuerpo legal, dispone que: "[e]l arbitraje se sujetará a las normas de procedimiento señaladas en esta Ley, al procedimiento establecido en los centros de arbitraje, al determinado en el

---

arbitral y el tribunal resolverá sobre su propia competencia. Si el tribunal se declara competente ordenará que se practiquen en el término que el tribunal señale las diligencias probatorias solicitadas en la demanda, contestación, reconvención, modificación y contestación a ésta, siempre que fueren pertinentes, actuaciones que deberán cumplirse durante el término señalado por el tribunal arbitral. Si las partes se encontraren presentes en la audiencia podrán precisar las pretensiones y los hechos en las que ésta se fundamenta".

"Art. 23.- Si antes de la expedición del laudo, el tribunal o las partes estiman que se necesitan otras pruebas o cualquier otra diligencia para el esclarecimiento de los hechos, de oficio o a petición de parte podrá ordenar que se practiquen señalando día y hora".

"Art. 24.- Una vez practicadas las diligencias probatorias el tribunal señalará día y hora para que las partes presenten sus alegatos en audiencia en estrados si es que lo solicitan".

26. Ídem.

"Art. 31.- Cualquiera de las partes podrá intentar la acción de nulidad de un laudo arbitral, cuando: a) No se haya citado legalmente con la demanda y el juicio se ha seguido y terminado en rebeldía. Será preciso que la falta de citación haya impedido que el demandado deduzca sus excepciones o haga valer sus derechos y, además, que el demandado reclame por tal omisión al tiempo de intervenir en la controversia; b) No se haya notificado a una de las partes con las providencias del tribunal y este hecho impida o limite el derecho de defensa de la parte; c) Cuando no se hubiere convocado, no se hubiere notificado la convocatoria, o luego de convocada no se hubiere practicado las pruebas, a pesar de la existencia de hechos que deban justificarse; d) El laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado; o, e) Cuando se hayan violado los procedimientos previstos por esta Ley o por las partes para designar árbitros o constituir el tribunal arbitral. Del laudo arbitral podrá interponerse ante el árbitro o tribunal arbitral, acción de nulidad para ante el respectivo presidente de la corte superior de justicia, en el término de diez días contado desde la fecha que éste se ejecutorió. Presentada la acción de nulidad, el árbitro o tribunal arbitral dentro del término de tres días, remitirán el proceso al presidente de la corte superior de justicia, quien resolverá la acción de nulidad dentro del término de treinta días contados desde la fecha que avocó conocimiento de la causa. La acción de nulidad presentada fuera del término señalado, se tendrá por no interpuesta y no se la aceptará a trámite. Quien interponga la acción de nulidad, podrá solicitar al árbitro o tribunal arbitral que se suspenda la ejecución del laudo, rindiendo caución suficiente sobre los perjuicios estimados que la demora en la ejecución del laudo pueda causar a la otra parte. El árbitro o tribunal arbitral, en el término de tres días, deberán fijar el monto de la caución, disponiendo la suspensión de la ejecución del laudo. La caución deberá constituirse dentro del término de tres días, contados a partir de esta notificación".

convenio arbitral o al que las partes escojan, sin perjuicio de las normas supletorias que sean aplicables"[27].

Así, es claro que la LAM, en cuanto a las reglas de procedimiento, hace, en primer lugar, una referencia a su propio contenido, que como hemos visto, regula de manera limitada la prueba; luego, al procedimiento previsto en los distintos centros de arbitraje, que será analizado más adelante; posteriormente, al acordado por las partes, y finalmente, al dispuesto en las normas supletorias que fueren aplicables, que según el artículo 37 de la LAM, son el Código Civil, Código Orgánico General de Procesos (COGEP) o Código de Comercio y otras leyes conexas, siempre que se trate de arbitraje en derecho.

3.2. Normativa sobre procedimiento en centros de arbitraje nacionales

A manera de ejemplo, el Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil, en sus artículo 2 y 3[28], dispone:

> Art. 2 .- Procedimiento ante el tribunal arbitral. - El procedimiento ante el tribunal arbitral será el establecido en este reglamento, el determinado en el convenio arbitral, o el que las partes escojan directamente o por delegación al tribunal arbitral, sin perjuicio de las normas supletorias que sean aplicables. La delegación al tribunal arbitral para la determinación de las reglas del proceso, se entenderá efectuada por el solo hecho de haber sometido, las partes, el arbitraje a este Centro, dada la facultad de éstas para establecer reglas de procedimiento, conforme dispone el art. 38 de la Ley de Arbitraje y Mediación.
>
> Art. 3.- Garantía de defensa. - Sea que el procedimiento fuere el establecido por las partes o por el tribunal, deberá garantizar los principios fundamentales del debido proceso,

27. Ídem, Artículo 38.
28. Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil, Artículo 2 y 3, 29/01/2007.

> que son inderogables, incluso para las partes. En todo caso, el tribunal arbitral deberá actuar justa e imparcialmente y asegurarse de que cada parte tenga la oportunidad suficiente para exponer su caso.

En relación concreta a la práctica de la prueba, no hay una determinación expresa en el referido reglamento salvo lo determinado en su artículo 22 sobre la práctica de las declaraciones de parte o declaraciones de testigos, en donde se establece que:

> [e]n las declaraciones de partes y declaraciones de testigos, las partes no estarán obligadas a presentar pliegos de preguntas por escrito, pudiendo hacerlas en la misma audiencia, debiendo el Tribunal calificarlas en ese momento[29].

El Reglamento para el funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, señala:

> Art. 60.- Las normas de procedimiento que rijan el arbitraje ante este Centro serán las aquí establecidas, las señaladas en la Ley de Arbitraje y Mediación y demás normas pertinentes aplicables […].
>
> Art. 61.- El proceso arbitral será oral. Las audiencias se ventilarán oralmente; al igual que las diligencias de despacho de pruebas. Todas las actuaciones se harán constar en actas a las que se adjuntaran las transcripciones mecanográficas correspondientes[30].

Por su parte, el Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana, indica:

> Art. 52.- Las normas de procedimiento que rijan el arbitraje ante este Centro serán las señaladas en la Ley de Arbitraje y Mediación, las establecidas en el presente reglamento y supletoriamente, en lo que no contravenga las normas y

29. Ibídem, Artículo 22.
30. Codificación del Reglamento para el funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, Artículos 60 y 61, 03/07/2012.

> principios del arbitraje, las del Código de Procedimiento Civil, y en este último caso, en los procesos en Derecho.
>
> Cuando las partes de manera expresa y de mutuo acuerdo hayan establecido las normas de procedimiento, el Director del Centro y el Tribunal Arbitral respectivamente, se reservarán el derecho de estudiar la aplicación de estas normas para proceder a su aplicación o no[31].

De las normas anteriormente citadas, se desprende que estos centros de arbitraje no han desarrollado en sus reglamentos procedimientos supletorios sobre admisibilidad, tipo de pruebas o su valoración, y más bien, han dejado a las partes y a los tribunales que los determinen.

3.3. El acuerdo de las partes como fuente del procedimiento en actuación de pruebas

Como consecuencia de lo anterior, podemos concluir que la LAM, si bien desarrolla principios básicos para la actividad probatoria, nada dice sobre los requisitos para su admisibilidad, tipo de pruebas o valoración. Los centros de arbitraje ecuatorianos tampoco han desarrollado en sus reglamentos procedimientos supletorios sobre admisibilidad, tipo de pruebas o valoración.

Todo ello, es consecuente con la naturaleza jurídica del arbitraje, en donde prepondera la autonomía de la voluntad en cuanto al procedimiento.

No obstante, la LAM es clara al establecer que las partes pueden, en cualquier momento, ya sea a la firma del convenio o al inicio del procedimiento, pactar las normas de procedimiento que rijan los requisitos de admisibilidad, tipo de pruebas a ser presentadas, el momento procesal oportuno para su práctica

31. Reglamento para el funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación (CAM) de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana, Artículo 52, 26/10/2010.

y/o los requisitos para su valoración, claro está, tomando en consideración que la frontera en la auto regulación está constituida por el aseguramiento del debido proceso y el trato equitativo de las partes.

En la práctica ecuatoriana las partes raramente realizan este tipo de acuerdo y la tendencia general ha sido que los tribunales por seguridad y en vista de la supletoriedad del COGEP asuman la aplicación de este, a pesar de que la LAM lo reserva para los casos de arbitraje en derecho.

3.4. Normativa sobre el procedimiento de admisibilidad, tipo y valoración de la prueba en el COGEP

Como hemos visto, entonces, en el arbitraje nacional la tendencia viene marcada por la norma supletoria para arbitrajes en derecho y en el caso de equidad ante la inercia de las partes la tendencia de los tribunales se ha encaminado a aplicar las normas del COGEP. Del referido cuerpo legal, cabe rescatar las siguientes disposiciones legales que resultan pertinentes al presente trabajo:

Sobre la actuación del tribunal arbitral, el artículo 91 del COGEP, recoge el principio *iura novit curia*, en virtud del cual, el tribunal está facultado para tener un rol activo respecto a las omisiones o errores de derecho que las partes incurrieren.

> Art. 91.- Omisiones sobre puntos de derecho. La o el juzgador debe corregir las omisiones o errores de derecho en que hayan incurrido las personas que intervienen en el proceso. Sin embargo, no podrá otorgar o declarar mayores o diferentes derechos a los pretendidos en la demanda, ni fundar su decisión en hechos distintos a los alegados por las partes[32].

32. Código Orgánico General de Procesos, Artículo 91, RO (S) No. 506, 22/05/2015.

Asimismo, el artículo 294[33] obliga al juzgador a promover la conciliación entre las partes, y también lo faculta para disponer, de oficio, o a petición de parte, que la controversia pase a un centro de mediación legalmente constituido.

> Art. 294.- Desarrollo. La audiencia preliminar se desarrollará conforme con las siguientes reglas: [...]
>
> 4. La o el juzgador, de manera obligatoria, promoverá la conciliación conforme a la ley. De darse la conciliación total, será aprobada en el mismo acto, mediante sentencia que causará ejecutoria.
>
> 6. La o el juzgador, de oficio, o a petición de parte, podrá disponer que la controversia pase a un centro de mediación legalmente constituido, para que se busque un acuerdo entre las partes. En caso de que las partes suscriban un acta de mediación en la que conste un acuerdo total, la o el juzgador la incorporará al proceso para darlo por concluido.

Por su parte, el artículo 168, faculta al juez a ordenar de oficio la práctica de prueba que juzgue necesaria para el esclarecimiento de los hechos controvertidos.

> Art. 168.- Prueba para mejor resolver. La o el juzgador podrá, excepcionalmente, ordenar de oficio y dejando expresa constancia de las razones de su decisión, la práctica de la prueba que juzgue necesaria para el esclarecimiento de los hechos controvertidos. Por este motivo, la audiencia se podrá suspender hasta por el término de quince días[34].

El artículo 159 regula la oportunidad procesal para la práctica de la prueba, estableciendo, principalmente, que esta será de manera oral en audiencia, y además, facultando a las partes a utilizar cualquier tipo de prueba, siempre que no fuere contraria al debido proceso y la ley:

> Art. 159.- Oportunidad. La prueba documental con que cuenten las partes o cuya obtención fue posible se adjuntará a la demanda, contestación a la demanda, reconvención

33. Ídem, Artículo 294.
34. Ídem, Artículo 168.

> y contestación a la reconvención, salvo disposición en contrario. La prueba a la que sea imposible tener acceso deberá ser anunciada y aquella que no se anuncie no podrá introducirse en la audiencia, con las excepciones previstas en este Código. Todo documento o información que no esté en poder de las partes y que para ser obtenida requiera del auxilio del órgano jurisdiccional, facultará para solicitar a la o al juzgador que ordene a la otra parte o a terceros que la entreguen o faciliten de acuerdo con las normas de este Código. La práctica de la prueba será de manera oral en la audiencia de juicio o en la segunda fase de la audiencia única. Para demostrar los hechos en controversia las partes podrán utilizar cualquier tipo de prueba que no violente el debido proceso ni la ley[35].

Por su parte, el artículo 196[36], ha diseñado el procedimiento a través del cual, en audiencia, debe producirse la prueba documental, mientras que el artículo 220[37], establece la posibilidad de una de las partes de solicitar al juzgador que este último ordene a la otra, la presentación de aquellos documentos que estuvieren en su poder y fueren relevantes para la resolución del caso.

En relación con los requisitos de admisibilidad de la prueba, el artículo 160 dispone que esta deberá ser pertinente, útil, conducente y ser practicada según la ley, con lealtad y veracidad, estableciendo la facultad del juzgador de rechazar aquella prueba que, según su criterio, resulte impertinente, inútil e inconducente.

> Art. 160.- Admisibilidad de la prueba. Para ser admitida, la prueba debe reunir los requisitos de pertinencia, utilidad, conducencia y se practicará según la ley, con lealtad y veracidad. La o el juzgador dirigirá el debate probatorio con imparcialidad y estará orientado a esclarecer la verdad procesal. En la audiencia preliminar o en la segunda fase de la audiencia única la o el juzgador rechazará de oficio

35. Ídem, Artículo 159.
36. Ídem, Artículo 196.
37. Ídem, Artículo 220.

> o a petición de parte la prueba impertinente, inútil e inconducente. La o el juzgador declarará la improcedencia de la prueba cuando se haya obtenido con violación de la Constitución o de la ley. Carece de eficacia probatoria la prueba obtenida por medio de simulación, dolo, fuerza física, fuerza moral o soborno. Igualmente será ineficaz la prueba actuada sin oportunidad de contradecir. La resolución por la cual la o el juzgador decida no admitir alguna prueba podrá apelarse con efecto diferido. De admitirse la apelación, la o el juzgador superior ordenará la práctica de la prueba, siempre que con ella el resultado pueda variar fundamentalmente[38].

El artículo 164, dispone que para que la prueba sea valorada por el juzgador, necesariamente deberá ser solicitada, practicada e incorporada dentro de los términos señalados en el COGEP, lo que se contrapone, precisamente, con el principio de flexibilidad y autonomía de la voluntad.

> Art. 164.- Valoración de la prueba. Para que las pruebas sean apreciadas por la o el juzgador deberán solicitarse, practicarse e incorporarse dentro de los términos señalados en este Código. La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, dejando a salvo las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos. La o el juzgador tendrá obligación de expresar en su resolución, la valoración de todas las pruebas que le hayan servido para justificar su decisión.[39]

Finalmente, los artículos 165 y 169 establecen los criterios y oportunidad para la contradicción de la prueba que fuere presentada oportunamente por la otra parte.[40]

38. Ídem, Artículo 160.
39. Ídem, Artículo 164.
40. Ídem, Artículos 165 y 169.

4. Síntesis comparativa de las Reglas IBA, Praga y COGEP

El cuadro[41] que se muestra a continuación contiene un breve resumen de aquellas diferencias o características principales de las reglas de procedimiento que se han desarrollado a lo largo de este trabajo:

Reglas IBA	Reglas de Praga	COGEP
	Art. 7. Principio iura novit curia. El tribunal podrá aplicar disposiciones legales no alegadas por las partes.	**Art. 91.** El juez debe corregir las omisiones o errores de derecho en que hayan incurrido las partes.
	Art. 9. Asistencia en la solución amistosa del conflicto.	**Art. 294.** En la audiencia preliminar de oficio o a petición de parte el juez puede disponer que la controversia pase a un centro de mediación.
Art. 2. El tribunal consulta a las partes para normar el procedimiento.	**Art. 2.** Mandato expreso para que el tribunal celebre una conferencia para normar el procedimiento.	No hay disposición expresa en la LAM, tampoco en el COGEP.
	Art. 3(1). Rol activo del tribunal para la delimitación de los hechos que estime relevantes pidiendo incluso pruebas sobre ellos a las partes.	
Art. 3(10). Pedir a cualquiera de las partes que exhiba documentos. Art. 5.4. Ordenar que los peritos se reúnan. 6. Designar peritos independientes. Art. 7. Inspeccionar. Art. 9(2) Excluir prueba.	**Art. 3(2).** Solicitar prueba documental o testimonios, designar expertos, ordenar inspecciones oculares.	La LAM (23) y el COGEP (168) posibilitan la prueba para mejor resolver.
Art. 3(1). Dentro del plazo fijado por el tribunal cada parte presentará todos los documentos que estén a su disposición en los que basa sus pretensiones.	**Art. 4(2).** El tribunal debe enviar la producción de pruebas en forma excesiva.	**Art. 196.** Producción de prueba en audiencia.

41. Reglas de la IBA (International Bar Association) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional (2010); Reglas Sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional (Reglas de Praga); y, Código Orgánico General de Procesos (COGEP).

Art. 3(3) La solicitud de producció.n de documentos deberá contener una descripción suficiente de la categoría de documentos requeridos y que razonablemente se creen que existe.	**Art. 4(3).** Una parte puede pedir que la otra parte produzca prueba documental.	**Art. 220.** Una parte puede requerir la exhibición a la otra parte de un documento que se encuentre en poder de esta, si esta no demuestra que no existe o no está en su poder, se sancionará la mala fe y la deslealtad procesal.
Art. 8(1). Dentro del plazo fijado por el tribunal, cada parte deberá informar acerca de los testigos cuya comparecencia solicita.	**Art. 5(2).** El tribunal luego de escuchar a las partes tomará la decisión de los testigos que examinará en audiencia.	**Art. 159.** La práctica de la prueba se hará de manera oral en la audiencia.
Art. 9. Admisibilidad y valoración de la prueba.		**Art. 160 y 164.** Admisibilidad y valoración de la prueba.
		Art. 165 y 169. Derecho de contradicción de la prueba y carga de la prueba.

Del comparativo realizado se evidencia que tanto las Reglas IBA, las de Praga o la normativa nacional recogida en el COGEP buscan garantizar una igualdad de oportunidades para que las partes presenten y defiendan su caso.

El elemento diferenciador es el mayor o menor poder de intervención del tribunal, llegando en el caso de las Reglas de Praga a ser tan activo, que nos lleva a pensar que su aplicación tendrá como efecto migrar del sistema adversarial al sistema inquisitivo en la administración de los arbitrajes.

Asimismo, mientras las Reglas IBA se conciben como normativa referente para la práctica exclusiva de la prueba, las Reglas de Praga van más allá de ese propósito al incorporar facultades como la inclusión del principio *iura novit curia* o la posibilidad de que el tribunal asista para la solución amistosa del proceso.

La utilización por otro lado, de las normas del COGEP en los arbitrajes nacionales confronta a los árbitros y a las partes a decidir sobre la "seguridad" que ofrece su uso, ante una eventual ejecución por los jueces nacionales o a optar por normas que han sido diseñadas específicamente para el

desarrollo del arbitraje, dentro de un entendimiento de lo que este es.

5. ¿Se requiere una reforma legal para incorporar las Reglas IBA o Praga al procedimiento arbitral nacional?

Es claro que la LAM respeta en su texto la tendencia global de que sean las partes las hacedoras de su propio procedimiento, esto, en concordancia con el principio de autonomía de la voluntad que rige el arbitraje.

No escapa a nuestro estudio el hecho de que la existencia de las Reglas de Praga se da ante una crítica al uso de las Reglas IBA, que han garantizado el protagonismo a las partes en el desarrollo del procedimiento, protagonismo que en la práctica ha llevado a que los procesos se alarguen sin que muchas veces el tribunal arbitral se atreva a entorpecer la voluntad de las partes limitando la práctica de pruebas innecesarias o asumiendo un rol mucho más preponderante en la dirección del proceso.

Este problema práctico, nos enfrenta, sin embargo, a contrariar la esencia del procedimiento arbitral al limitar a las partes la dirección del mismo, pero, debemos tener en cuenta que son las propias partes de así elegirlo quienes en ejercicio de la autonomía de la voluntad decidirán limitar esta facultad en caso de elegir las Reglas de Praga o el COGEP.

En caso de ser el tribunal arbitral quien determine la normativa aplicable, también nos encontramos ante la elección de las partes por omisión, al no ejercer su prerrogativa y dejarlo en manos de terceros.

Es evidente, entonces que, bajo la LAM vigente, son las partes las que resuelven ya sea por acción u omisión, si acogen una u otra norma para regir la práctica de la prueba,

consecuentemente, la aplicación al arbitraje de las Reglas IBA o las de Praga es perfectamente factible bajo la normativa actual, y no se requiere una reforma legal para que puedan ser incorporadas a un proceso arbitral nacional si las partes así lo desean.

6. Conclusiones

La autonomía de la voluntad es el principio que rige el procedimiento arbitral, el aparente vacío de la ley ecuatoriana y de los reglamentos de los diferentes centros, en referencia a la prueba, confirma el respeto de estos hacia este principio rector del arbitraje.

Está en las partes decidir si usan o no las Reglas IBA o las Reglas de Praga o si se acogen a la normativa del COGEP. La utilización de las dos primeras alternativas deberá ir precedida por un proceso de divulgación de su contenido, de sus ventajas y desventajas para un procedimiento cuyo propósito es ofrecer una alternativa a las partes que asegure una justicia oportuna y eficiente; todo ello, en contraste con normas rígidas y formalistas que por esas propias características podrían estorbar la búsqueda y la obtención de decisiones justas y eficaces.

CARMIGNIANI PÉREZ
ABOGADOS

ARBITRAJE

SOLUCIONES EFECTIVAS

EN CONFLICTOS COMPLEJOS

PRÁCTICA INTERNACIONAL

DISPUTAS EN MÚLTIPLES JURISDICCIONES BAJO DIVERSAS REGLAS ARBITRALES

ESPECIALISTAS

EN DIFERENTES TIPOS DE CONTROVERSIAS

EDUARDO CARMIGNIANI
GUAYAQUIL - ECUADOR

DIRECCIÓN
Av. 9 de Octubre 100 Edif. La Previsora Of. 2202

TELÉFONO
593-4-230-0600

EMAIL
ecarmi@caplaw.ec

HUGO GARCÍA LARRIVA
QUITO - ECUADOR

DIRECCIÓN
Av. NNUU y Núñez de Vela, Edif. Metropolitan Plaza Of. 1108

TELÉFONO
593-2-395-9590

EMAIL
hgarcia@caplaw.ec

WWW.CPLAW.EC

Reflexiones sobre la acción extraordinaria de protección y el arbitraje

*Ana María Larrea de Ortiz**

Recibido/Received: 20/03/2020
Aceptado/Accepted: 29/09/2020

Sumario: 1. Introducción. **2.** Procedencia de la acción. **3.** Procedibilidad a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional. **4.** Carácter taxativo de las causales de nulidad. **5**. Posibilidad de presentar directamente una acción extraordinaria de protección. **6.** Objeto del control constitucional. **6.1.** Derechos constitucionales no renunciables. **6.2.** Fallos de Corte Constitucional sobre distinción entre justicia ordinaria y justicia constitucional. **7.** Causales constitucionales para la acción extraordinaria de protección **8.** Conclusiones.

Resumen: Uno de los objetivos más deseables del arbitraje es la posibilidad de solucionar los conflictos privadamente, por personas bien entendidas en los pormenores de los conflictos patrimoniales transigibles, dentro de un plazo razonable, que se aspira sea inferior al de la justicia ordinaria. Por esta razón el arbitraje en nuestro país no es apelable, y es solo susceptible de control judicial mediante la acción de nulidad, y, excepcionalmente, de control de constitucionalidad mediante la acción extraordinaria de protección. Este artículo

* Abogada especialista en Derecho Procesal y Máster en Derecho Procesal por Universidad Católica Santiago de Guayaquil. Especialista en Derecho Constitucional por Universidad de Salamanca. Doctora en Jurisprudencia por Universidad Técnica Particular de Loja. Socia de Larrea, Ortiz y Cía. Sociedad de Abogados. Árbitro de la Cámara de Comercio de Guayaquil. Directora del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil. Presidente de la Comisión del Estatuto del Jugador de la Federación Ecuatoriana de Fútbol. Correo electrónico: alarrea@larreayortiz.com.

A. M. Larrea de Ortiz, "Reflexiones sobre la acción extraordinaria de protección y el arbitraje", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje,* No. 11, 2020, pp. 93-114.

ISSN: 2600-5611 / e-ISSN: 2600-562X
DOI: 10.36649/rea1104

trata de profundizar sobre la correlación entre ambas acciones, la necesidad de agotamiento previo de la primera, el objeto real de la acción, y las últimas aportaciones dadas por la Corte Constitucional del Ecuador.

Palabras Clave: arbitraje, acción, control constitucional, nulidad, jurisprudencia, causales.

Reflections on the extraordinary protection action and arbitration

Abstract: One of the most desirable objectives of arbitration is the possibility of resolving conflicts privately, by people who are well-versed in the details of transferable property conflicts, within a reasonable period, which is expected to be less than that of ordinary justice. For this reason, arbitration in our country is not subject to appeal, and is only subject to judicial control by means of an action for annulment, and then constitutional control by means of an extraordinary protection action. This article delves into the correlation between both actions, the need for prior exhaustion of the first, its real object, and the latest contributions given by the Constitutional Court of Ecuador.

Keywords: arbitration, action, constitutional control, nullity, jurisprudence, causes.

1. Introducción

Al haberse cumplido veinte años desde la expedición de la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM), publicada en el Registro Oficial el 4 de septiembre de 1997[1], y siendo tal aniversario el motivo de una investigación previa, presentada

1. Ley de Arbitraje y Mediación, RO No. 417, 14/12/2006.

en las jornadas académicas de octubre del 2017[2], se torna vital reflexionar sobre el camino recorrido por el arbitraje. Su aceptación, difusión y popularidad, así como su tratamiento desde la perspectiva constitucional, legal y judicial, esto es, analizar si las decisiones de los jueces han sido coherentes con la autonomía del arbitraje.

Desde la vigencia de la ley se han dictado dos Constituciones en 1998 y 2008, esta última recientemente celebró su décimo aniversario. Ambas elevaron a rango constitucional el arbitraje al incluir en sus artículos 191[3] y 190[4], respectivamente, una mención expresa de este como método alternativo de resolución de conflicto. Particularmente la Constitución de 2008 influyó sustancialmente en nuestro sistema jurídico al incorporar el modelo neoconstitucional, cuyo epicentro es el respeto y vigencia de los derechos fundamentales e insertarse dentro del llamado constitucionalismo latinoamericano, que en la región adoptaron Venezuela, Ecuador, Colombia y Perú. Al referirnos a este modelo, que tomó forma en Europa luego de terminada la Segunda Guerra Mundial, según indica Pietro Sanchís, nos enfrentamos a "una constitución transformadora,

2. Ponencia presentada en la Conferencia de Arbitraje organizada por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil y la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, y actualizada luego de la expedición de las Sentencias No. 323-13/EP/19 y No. 31-14-EP/19 por la Corte Constitucional del Ecuador.
3. Constitución Política de la República del Ecuador, Artículo 191, RO No. 1, 11/08/1998.
   "Art. 191.- El ejercicio de la potestad judicial corresponderá a los órganos de la Función Judicial. Se establecerá la unidad jurisdiccional.
   De acuerdo con la ley habrá jueces de paz, encargados de resolver en equidad conflictos individuales, comunitarios o vecinales.
   Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley.
   Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional".
4. Constitución de la República del Ecuador, Artículo190, RO No. 449, 20/10/2008.
   "Art. 190.- Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir.
   En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley".

que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, pero cuyo protagonismo fundamental no corresponde al legislador, sino a los jueces[5]. Como comenta Velázquez Velázquez, el "neoconstitucionalismo evidencia el rol protagónico de la Constitución, es decir, que se trata no de un instrumento de carácter político, sino como un verdadero documento jurídico de aplicación directa e inmediata"[6].

La acción extraordinaria de protección, que es el tema que analizaremos desde la perspectiva del arbitraje, es justamente una consecuencia de la Constitución de 2008. Al no tener precedentes en nuestro país, fue recibida con recelo y desconfianza, pues bajo el esquema anterior, el entonces Tribunal Constitucional no podía revisar ni alterar las decisiones de casación dictadas por la Corte Suprema de Justicia, entonces máximo organismo judicial del país[7]. Por lo cual, se consideraba que esta nueva posibilidad de revisión judicial era invasiva en cuanto a las competencias de la justicia ordinaria, y suponía una intromisión en esta, afectando su independencia y autonomía; así como un atentado a la seguridad jurídica, por la interminable dilación de las contiendas judiciales.

Conforme refieren García Villenas & Uprimmy Yépez, citados por Velásquez Velásquez, las principales objeciones hacia la tutela sobre decisiones judiciales en Colombia tienen que ver con que hace chocar a las altas cortes, atenta contra la seguridad jurídica, es contraria al principio del juez natural y destruye la supremacía de la Corte Suprema y del Consejo de Estado como órgano de cierre de sus jurisdicciones[8].

---

5. L. Pietro Sanchís, *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial,* Palestra Editores, 2007, p. 127.
6. S. Velázquez Velázquez, *La Corte Constitucional del Ecuador y el Estado Constitucional de Derechos y Justicia*, Atelier Libros Jurídicos, 2018.
7. Si bien el Tribunal Constitucional, durante su vigencia, difundió la noción de justicia constitucional, y fijó las bases para que la cultura jurídica ecuatoriana acepte su existencia, aquello no caló por distintas razones.
8. S. Velázquez Velázquez, N. 6, p. 280.

Sin embargo, y a pesar de ciertos casos que pudieran evidenciar abuso y/o dedicatoria en el ejercicio de la acción, desde nuestra óptica, la actuación de la Corte Constitucional mayoritariamente ha contribuido a disipar las aprensiones iniciales, y ha sentado ciertas bases respecto al deber ser de la acción extraordinaria de protección, entendiendo que su finalidad es servir como límite a actuaciones arbitrarias de los jueces, que vulneren los derechos constitucionales y/o el debido proceso. Y, sobre todo, entendiendo su excepcionalidad y residualidad, pues no se trata de una nueva instancia, ni la Corte es tribunal de alzada, por lo que la mera inconformidad con la justicia o la legalidad de la decisión no tiene cabida, según sostuvo la misma Corte.

En tal sentido, la jurisprudencia ha aclarado que la acción no es una nueva instancia del proceso, y para explicarlo, ha recurrido a la teoría desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), con relación a que dicha instancia internacional no constituye un nuevo recurso, ni busca reemplazar al juzgador ordinario, es decir, al juez que forma parte de la función judicial.

2. Procedencia de la acción

Cabe ahora revisar el escenario de su procedencia respecto del arbitraje. El artículo 94 de la Constitución contempla lo siguiente: "[l]a acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a

la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado"[9].

Siendo el arbitraje un método de solución de controversias, su desenlace es el laudo, que es la decisión sobre el conflicto evidenciado en las pretensiones y sus excepciones. El artículo 32 de la LAM señala que "[l]os laudos arbitrales tienen efecto de sentencia ejecutoriada y de última instancia, y se ejecutarán de la misma forma que estas, mediante la vía de apremio"[10]. En consecuencia, los laudos arbitrales (inclusive los parciales o preliminares propios del arbitraje internacional) son resoluciones con fuerza de sentencia, susceptibles de control mediante acción extraordinaria de protección. Es más, se sostiene que el término "resolución con fuerza de sentencia" empleado en la norma quiso referirse a los laudos arbitrales.

La Corte Constitucional ha admitido reiteradamente las acciones extraordinarias de protección respecto de laudos arbitrales, por lo que hoy no es un tema que está en discusión. El debate sobre si cabe o no control constitucional en el arbitraje resulta retórico, pues en un Estado constitucional son absolutamente excepcionales los ámbitos exentos de control de constitucionalidad. La postura que se hace fuerte en el origen convencional del arbitraje, a efectos de considerarlo una institución autónoma, y, por tanto, al margen de dicho control; o aquella que se funda en el reconocimiento constitucional del arbitraje con sujeción a su ley reguladora, según la cual no cabe ningún otro recurso no previsto en ella[11], llevan a una discusión que no es la que conviene mantener hoy en día. Lo

9. Constitución de la República del Ecuador, N. 4, Artículos 94 y 437.
"Art. 437.- Los ciudadanos en forma individual o colectiva podrán presentar una acción extraordinaria de protección contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia. Para la admisión de este recurso la Corte constatará el cumplimiento de los siguientes requisitos:
1. Que se trate de sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriados.
2. Que el recurrente demuestre que en el juzgamiento se ha violado, por acción u omisión, el debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución".
10. Ley de Arbitraje y Mediación, N. 1, Artículo 32.
11. Ley de Arbitraje y Mediación, N. 1, Artículo 7.

oportuno es definir cuál es el alcance de dicho control, a efectos de preservar la institución jurídica, a la luz del principio favor *arbitri* o favor *arbitralis*.

Siendo los principios *mandatos de optimización*, es decir, normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, atendiendo a las realidades fácticas y jurídicas, el favor *arbitri o* favor *arbitralis*[12] es una directriz que orienta la formulación y la aplicación de normas que, en última instancia, precautelen el derecho a la tutela efectiva de los ciudadanos, mediante la conservación de la vigencia del convenio arbitral, y la vigencia del laudo arbitral frente a intervenciones de justicia estatal, según sostiene Jara Vásquez[13].

La Corte Constitucional ecuatoriana, en la Sentencia No. 169-12-2012 del caso EMVIAL, señaló con claridad que: "los convenios arbitrales, el proceso de arbitraje y su conclusión están limitados y vinculados por las normas constitucionales, al igual que todas las relaciones jurídicas y actos públicos y privados, más allá de que su origen pueda considerarse convencional. Es por ello que no puede ser admisible la aplicación de un convenio que verse sobre renuncia de derechos constitucionales, o un proceso arbitral que vulnere el debido proceso constitucional, o un laudo arbitral que falle en franca contradicción con la Constitución"[14].

De igual forma, en el mismo caso, sostuvo: "[e]ntonces los laudos arbitrales tienen la misma fuerza que una sentencia ejecutoriada, lo que determina que sí pueden ser impugnados por medio de la acción extraordinaria de protección"[15].

---

12. R. Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, Madrid, 2008.
13. M. E. Jara Vásquez, "Decisiones de la Justicia Estatal Ecuatoriana sobre el Arbitraje", *Boletín Informativo Spondylus Universidad Andina Simón Bolívar*, 2013.
14. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 169-12-SEP-CC, Caso No. 1568-10-EP, 26/04/2012.
15. Ibídem. Véase igual criterio en Corte Constitucional del Ecuador, Auto de admisión, Causa No. 1585-10-EP, 11/03/2011.

Suscribimos lo que sostiene el catedrático peruano Priori Posada en cuanto que lo relevante son los límites al control constitucional, pues en la medida en que este se canalice adecuadamente, el arbitraje resultará fortalecido. Contrariamente a lo que podría pensarse, el que los laudos arbitrales resulten airosos a la revisión de constitucionalidad, será un elemento de consolidación y legitimación de la institución[16].

3. Procedibilidad a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional

La Constitución introdujo en el artículo 94 como un requisito de procedibilidad, el agotamiento de todos los recursos ordinarios y extraordinarios previstos en la legislación, salvo que la falta de agotamiento no sea atribuible a negligencia del titular del derecho constitucional violado[17].

Asimismo, el artículo 61 numeral 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC)[18] señala como requisito de la demanda, la demostración de haber agotado los recursos ordinarios y extraordinarios, salvo que sean ineficaces o inadecuados, o que la falta de interposición de estos recursos no fuere atribuible a la negligencia del titular del derecho constitucional vulnerado.

Sobre el tema, la Corte Constitucional anterior, en la referida Sentencia No. 169-12-2012 EMVIAL, se planteó la pregunta de si podía considerarse la interposición de una demanda de acción de nulidad de laudo arbitral como un recurso a ser agotado para habilitar la acción extraordinaria,

16. G. Priori Posada, "El Control de Constitucionalidad de los Laudos en el Perú a la luz del Precedente Vinculante 146-2011", *Revista Arbitraje Pontificia Universidad Católica del Perú*, No. 2, 2012.
17. Constitución de la República del Ecuador, N. 4, Artículo 94.
18. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Artículo 61(3), RO(S) No. 52, 22/10/2009.

y concluyó que cabía entender la acción de nulidad en sentido amplio, como un "recurso en cuanto forma de solución de un vicio, sea sustantivo o adjetivo que afecte la providencia impugnada y en consecuencia es necesario agotarla de forma previa salvo que resulte inadecuada o ineficaz", conforme dispone el artículo 61 numeral 3 de la LOGJCC[19].

Posteriormente, en Sentencia No. 123-13-SEP-CC, la Corte sostuvo "que la violación de derechos constitucionales puede producirse tanto por el órgano judicial que realiza el control del laudo en la acción de nulidad, como por parte del Tribunal Arbitral que expide el laudo, por lo que los laudos arbitrales son impugnables mediante acción extraordinaria de protección siempre que pretensión se relacione a vulneraciones constitucionales"[20]. Esta sentencia generó incertidumbre respecto a si era necesario o no agotar tal acción antes de acudir a la Corte Constitucional, alterando el precedente que de forma temprana y acertada había establecido la Sentencia No. 169-12-2012.

A continuación, en las Sentencias No. 113-15-SEP-CC de 8 de abril del 2015 y No. 17-SEP-CC del 7 de junio de 2017[21], la anterior Corte Constitucional admitió a trámite y se pronunció directamente sobre el fondo de los casos, sin determinar que los accionantes debieron agotar la acción de nulidad, lo que debió producir el rechazo preliminar de la acción, es decir, su inadmisión. Nuevamente, se creó incertidumbre sobre el requisito de procedibilidad contemplado en la Constitución.

Recientemente, las Sentencias No. 323-13-EP/19[22] y No. 31-14-EP/19[23] dictadas el 19 de noviembre del 2019, la Corte

19. Corte Constitucional del Ecuador, N. 14.
20. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 123-13-SEP-CC, Caso No. 1542-11-EP, 19/12/2013.
21. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 113-15-SEP-CC, Caso No. 113-15-SEP-CC, 08/04/2015.
22. Corte Constitucional del Ecuador, N. Sentencia No. 323-13-EP/19, Caso No. 323-13-EP/19, 19/11/2019.
23. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 31-14-EP/19, Caso No. 31-14-EP/19, 19/11/2019.

abordó nuevamente el problema jurídico que analizamos, esto es, si, conforme los artículos 94 de la Constitución y 61 numeral 3 de la LOGJCC, es o no necesario agotar la acción de nulidad de laudo previo la presentación de una acción extraordinaria de protección. La Corte resolvió el tema de forma clara y contundente, con la finalidad de zanjar cualquier discusión originada en las decisiones de la anterior Corte, y sentar un precedente sólido *a posteriori*.

Así, aún cuando es en la fase de admisibilidad en que mayormente debería verificarse el cumplimiento de este requisito, y pese a que la Corte Constitucional anterior había puntualizado que, en virtud del principio de preclusión procesal, las exigencias previstas en dicha fase, ya no pueden ser revisadas una vez agotada esta[24]; la actual Corte estableció una excepción a la regla de preclusión y en una decisión –que no fue unánime– determinó que en situaciones en que se haya omitido el agotamiento de recursos, la Corte puede determinar su improcedencia y rechazar las acciones sin pronunciarse sobre el fondo, con el objeto de preservar el carácter extraordinario y residual en que se sustenta la justicia constitucional[25].

4. Carácter taxativo de las causales de nulidad

La Corte considera que la acción de nulidad está diseñada para examinar vicios *in procedendo*, esto es, la tutela del debido proceso y el derecho a la defensa en el ámbito del proceso arbitral, por lo que el artículo 31 de la LAM contempla una

24. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 037-16-SEP-CC, Caso No. 0977-14-EP, 03/02/2016.
25. Corte Constitucional del Ecuador, N. 23. "La acción de nulidad sería inadecuada cuando se hayan vulnerado derechos constitucionales o el debido proceso durante el proceso arbitral o en el laudo, cuya violación no pueda ser enmendada por las causales de nulidad del laudo establecidas en la Ley de Arbitraje y Mediación, pues el control que se efectúa en la acción de nulidad del laudo es diferente al control que realiza la Corte Constitucional a través de la acción extraordinaria de protección".

serie de causales taxativas relacionadas a vulneraciones a diferentes elementos del debido proceso, que, verificadas, facultan al Presidente de la Corte Provincial de Justicia a anular el proceso arbitral hasta el momento anterior a que se produzca el vicio[26].

Asimismo, acertadamente, la Sentencia No. 323-13-EP se pronuncia sobre la reserva legal de las causales, señalando que "la taxatividad de estas causales de nulidad se justifica en que esto brinda certeza en torno a las exactas situaciones jurídicas que podrían suponer la anulación de una decisión que tiene efectos de cosa juzgada, y como tal ha generado una legítima confianza en las partes procesales […] Es por esto que, en materia de nulidades en general, siempre ha regido el principio de especificidad, que implica no hay nulidad sin texto, no hay nulidad sin ley"[27].

De igual forma, acota la referida sentencia el beneficio que supone el carácter taxativo de las causales, con relación a la seguridad jurídica y principio de legalidad establecido en el artículo 226 de la Constitución[28]. De esta forma, concluye, "la acción de nulidad constituye un mecanismo adecuado y eficaz para la tutela del debido proceso arbitral que, necesariamente debe ser agotada cuando la supuesta vulneración se enmarque en una de las causales taxativas del artículo 31 LAM"[29].

Las sentencias en análisis son relevantes también en cuanto modifican, en este punto, el precedente de la anterior Corte en la Sentencia No. 302-15-SEP-CC, al sostener que existían dos causales de nulidad –falta de motivación y falta de

26. Ley de Arbitraje y Mediación, N. 1, Artículo 31.
27. Corte Constitucional del Ecuador, N. 20.
28. Constitución de la República del Ecuador, N. 4, Artículo 226. El carácter taxativo de las causales de nulidad garantiza el derecho a la seguridad jurídica de las partes procesales del arbitraje, quienes requieren certidumbre sobre las normas jurídicas bajo las cuales se efectuará el control judicial del laudo; así como el principio de legalidad establecido en el artículo 226 de la Constitución, según el cual el juez que conoce de la acción de nulidad del laudo puede ejercer solo las competencias y facultades que se le han atribuido en la Constitución y la ley.
29. Corte Constitucional del Ecuador, N. 20.

competencia– que de oficio debían revisarse por quien conoce la acción de nulidad, aún sin ser invocadas, y sin constar en la ley[30]. La actual Corte expresamente se aparta de este criterio, por considerar que atenta contra la taxatividad de las causales, que es consecuencia del principio de intervención mínima de la justicia ordinaria en el arbitraje. La sentencia incluye argumentos sólidos en beneficio a la autonomía y efectividad del arbitraje.

Así, sostiene que el reconocimiento constitucional del arbitraje en su artículo 190, además de hacer posible el acceso a este sistema alternativo de administración de justicia, mediante el respaldo a la autonomía de las personas, implica un pleno "aval" al arbitraje, reconociéndolo dotado de principios, normas y procedimientos propios. De lo anterior se tiene que su efectividad y vigencia necesitan del respeto de parte de la justicia ordinaria, hacia el arbitraje, por lo que no debe existir un control judicial indiscriminado y de oficio.

En la misma línea, la Sentencia No. 31-14-EP/19, del 19 de noviembre del 2019, enfatiza en que, existiendo convencionalmente una sustracción de la controversia frente a la justicia ordinaria, las partes deben acatar sus reglas, que incluyen la *inapelabilidad del laudo* y la *posibilidad limitada de impugnación*, conforme lo previsto en la ley especial que lo regula[31]. De otra forma, sería un despropósito el que habiéndose

30. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 302-15-SEP-CC, Caso No. 0880-13-EP, 16/09/2015. "Si bien es cierto que la falta de competencia del tribunal arbitral y la falta de motivación del laudo arbitral no se encuentran dentro del catálogo de nulidades previstas en el art. 31, la jueza o juez y los árbitros, para garantizar el derecho constitucional al debido proceso en el desarrollo de cualquier procedimiento, estos tienen como primera obligación constitucional y legal, *determinar su competencia por mandato del art. 76 numeral 7 literal k) de la norma suprema […] Así mismo en cuanto a la supuesta falta de garantía de la motivación del laudo arbitral, alegada por la entidad demandante, el juzgador jamás puede prescindir aduciendo que ella no ha sido causal de nulidad, pues no se puede negar el enlace que existe con otras realidades jurídicas afines que destaca la noción del bloque de normas, entendido este como un conjunto de reglas que se integran por los demás preceptos jurídicos que extiende su conceptualización, sumando otros no contenidos en el art. 31, justamente para entender que la nulidad no se agota con una determinada norma, sino con una interpretación teleológica y sistemática del ordenamiento jurídico*" (énfasis añadido).
31. Corte Constitucional del Ecuador, N. 23.

acordado que la decisión del caso se adopte fuera de la justicia ordinaria, sea esta quien revise el fondo de las decisiones de los árbitros.

5. Posibilidad de presentar directamente una acción extraordinaria de protección

Concluye la Corte en Sentencia No. 323-13-EP que, tratándose de otras causales no contempladas para la acción de nulidad del laudo, y que supongan una violación de derechos constitucionales y no una mera inconformidad con la decisión, se puede acudir directamente a la Corte Constitucional, sin presentar acción de nulidad; debiendo agotarse esta cuando la infracción si corresponda a una de las causales del artículo 31 LAM[32]. En Sentencia No. 31-14-EP/19 se ratifica esta postura de la Corte, haciéndose énfasis en que las violaciones de derechos constitucionales no relacionadas a las causales de nulidad del laudo contenidas en la ley, pueden ser directamente reclamadas ante la Corte Constitucional a través de acción extraordinaria de protección[33].

La decisión de la Corte Constitucional es coherente con lo que la doctrina especializada ha opinado sobre el tema. Así, el profesor Caivano sostiene que, si no existe causal para plantear la nulidad, pero sí para el recurso extraordinario, la parte debe acudir directamente a la justicia constitucional, pues si intenta agotar previamente la vía de nulidad, careciendo de causal que la habilite, perderá el recurso posterior por extemporáneo, toda vez que, por la aplicación de numerosos precedentes, la interposición de recursos improcedentes no suspende el plazo para deducir el recurso extraordinario. "La falta de causal para deducir el recurso o para interponer la acción de nulidad provoca una verdadera imposibilidad legal de acceder a

32. Corte Constitucional del Ecuador, N. 20.
33. Corte Constitucional del Ecuador, N. 23.

la instancia judicial, lo que haría imposible agotar las vías ordinarias"[34].

Como corolario de lo que se ha analizado, concluimos que, si coexistieren respecto de un laudo causales de nulidad y de acción extraordinaria de protección, sería necesario presentar ambas acciones simultáneamente, dentro de los términos que ambas prevén y evitando así la caducidad de cualquiera de las acciones. Esto aun a pesar de las dificultades prácticas y logísticas que se presentan.

Finalmente, no es necesario agotar los recursos de apelación y casación sobre la sentencia que se dicte en la acción de nulidad, pues tales recursos no proceden. A pesar de una trayectoria de desconcertante y cambiante jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia (CNJ), suscribimos los fallos de la CNJ que inadmitieron la casación al considerar que la acción de nulidad no es un proceso de conocimiento, entre ellos el Recurso No. 590-2012[35]. Afortunadamente el tema quedó resuelto mediante Resolución No. 08-2017 del Pleno de la CNJ que contiene las Reglas para el Trámite de la Acción de Nulidad de Laudos Arbitrales, en los que se excluye todo recurso que no sea horizontal de aclaración o ampliación[36].

6. El objeto del control constitucional

En relación con el fondo del control, reparamos en que las violaciones a derechos más frecuentemente alegadas son la tutela judicial efectiva, seguridad jurídica y debido proceso. Sobre tales alegaciones la Corte sostuvo, en Sentencia No.169-12-2012, que los tres derechos se desarrollan a lo largo de toda la legislación infra constitucional, a través de reglas específicas

34. R. Caivano, *El Control Judicial en el Arbitraje*, AbeledoPerrot, 2011, p. 276.
35. Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Tributario, Recurso No. 590-2012, 19/11/2013.
36. Corte Nacional de Justicia, Resolución No. 08-2017, 22/03/2017.

y medios de impugnación que garantizan su aplicación por parte de las autoridades administrativas y judiciales, "siendo la existencia de dichas normas el cumplimiento mismo de la garantía constitucional"[37]. Señaló, asimismo, que la contravención de normas procesales conlleva una afectación constitucional solo mediata y de mera legalidad, que no se pueden conocer en sede constitucional por existir remedios suficientes en la justicia ordinaria[38]. Concluyendo que la única posibilidad de lograr un pronunciamiento favorable por medio de la acción extraordinaria de protección "sería la demostración de la existencia de una vulneración directa a una norma constitucional, fuera de lo considerado materia transigible y no de manera mediata"[39].

Esta postura limita de forma importante la materia del control de laudos en sede constitucional, de forma coherente con lo que la doctrina ha reclamado en otros países, esto es, que no todo derecho constitucional pueda reclamarse, sino únicamente aquellos *que no son susceptibles de disposición o renuncia*.

6.1. Derechos constitucionales no renunciables

Así, a criterio de Priori Posada, a propósito de analizar el precedente vinculante dictado por el Tribunal Constitucional Peruano en el conocido caso de Sociedad Minera de Responsabilidad Limitada María Julia[40], existen dos tipos de derechos fundamentales que pueden ser vulnerados por un laudo arbitral: aquellos que a pesar de ser derechos fundamentales son disponibles (propiedad, libertad de contratación, libertad de empresa), y por tanto pueden ser objeto de discusión en un arbitraje; y, aquellos que versan sobre

37. Corte Constitucional del Ecuador, N. 14.
38. Ibídem.
39. Ibídem.
40. Tribunal Constitucional Peruano, Sentencia No. 00142-2011-PA/TC, 21/09/2011.

las garantías mínimas que deben respetarse en un arbitraje para que, sea cual fuere la decisión, pueda entenderse que es válida constitucionalmente hablando.

Respecto de derechos fundamentales sobre los que las partes han decidido conferirles la facultad de decisión a los árbitros, no existe posibilidad alguna de revisión en el fondo, porque la Constitución reconoce la competencia de los árbitros para hacerlo. En esta línea, la construcción argumental que mejor refleja el panorama descrito es el voto de los Ministros Nazareno y Boggiano, en el caso Meller, según cita Caivano en que, si bien el análisis iba en la línea de la apelación en el arbitraje, los criterios son válidos en lo que nos ocupa. Allí se dijo que

> "[…] nada obsta a que tratándose de asuntos disponibles para las partes, estas puedan excluir la revisión judicial, tanto más cuanto que en esos asuntos las partes son dueñas de someter la suerte de sus derechos a la apuesta o la suerte, o incluso renunciar a ellos. Tales alternativas son propias al arbitraje mismo, al que pueden quedar sujetas materias susceptibles de transacción, en que hay concesiones recíprocas guiadas por la equidad de los árbitros. Las partes pueden siempre, en asuntos disponibles para ellas, llegar hasta la renuncia de un derecho si esta alternativa conviene a sus intereses"[41].

Ahora bien, respecto de las garantías mínimas que deben presentarse para que un laudo pueda ser considerado válido constitucionalmente hablando, sí cabe control de constitucionalidad pues esas garantías de validez son indisponibles, a diferencia de lo que ocurre con los derechos que se discuten.

Contrastando los derechos constitucionales garantizados que podrían afectarse en el arbitraje, entre ellos, propiedad privada, libertad de empresa, libertad de contratación, vemos que estos son esencialmente disponibles, y, en consecuencia, las

41. R. Caivano, N. 34, p. 103.

partes bien pueden efectuar estipulaciones que a la postre los afecten, debiendo los árbitros acoger tales estipulaciones en sus fallos, en la medida en que se hayan adoptado libremente; sin que aquello implique un vicio reparable en sede constitucional. Cualquier afectación en este sentido se considera mediata, esto es, un asunto de mera legalidad, respecto del cual la Corte no se pronunciará a riego de excederse en sus atribuciones.

Admitir que la Corte ejerza control de constitucionalidad de decisiones judiciales, no supone que pueda declarar la nulidad de un contrato, o la procedencia de una indemnización de daños, por ejemplo, toda vez que ejercer un control desmedido, a la postre resulta en una actuación inconstitucional. Conforme sostiene Velázquez Velázquez[42], la premisa que sustenta la acción extraordinaria de protección es la especialización del órgano en asuntos exclusivamente constitucionales; la Corte no resuelve temas legales, sino la violación de derechos constitucionales y normas del debido proceso, lo que debe distanciarla de la justicia ordinaria.

Adicionalmente debemos tener presente que los derechos constitucionales no son absolutos, bien pueden regularse mediante ley orgánica, sin afectar su núcleo fundamental, y son potencialmente conflictivos con otros derechos constitucionales, lo que conlleva que se apliquen técnicas constitucionales para resolver, en el caso concreto, cuál derecho debe prevalecer. De lo que se concluye que, inclusive para el supuesto de derechos no disponibles, está claro que las alegaciones de inconstitucionalidad no necesariamente prosperarán. Es más, es de esperar que no solo respecto al control de laudos arbitrales, sino en general, el desenlace de las acciones extraordinarias que se presenten sea su desestimación, atendiendo a los requisitos de admisibilidad

42. S. Velázquez Velázquez, N. 6, p. 284.

contemplados en el artículo 62 de la LOGCC[43], y a la aspirada actuación constitucional de los operadores de justicia.

6.2. Fallos de la Corte Constitucional sobre la distinción entre justicia ordinaria y justicia constitucional

La Corte Constitucional ha emitido sucesivos fallos en los que enmarca su accionar y se distancia de la justicia ordinaria. Al efecto, la Sentencia No. 014-12-CC de la Corte Constitucional para el periodo de transición, dispuso: "[e]sta revisión no significa intromisión, pues la Corte Constitucional está por fuera de las funciones del Estado, y no es jerárquicamente superior a la autoridad máxima de la Función Judicial. No es la creación de una nueva instancia procesal, pues el control de la constitucionalidad de las sentencias se dará por excepción […]"[44].

De igual forma, en Sentencia No. 001-10-SEP-CC, la Corte indicó: "[e]l juez constitucional no puede sustituir al juez ordinario; sin embargo, si le corresponde actuar ante evidentes actos antijurídicos de los jueces que conlleven contradicción a la Constitución por lesionar uno o más Derechos Humanos"[45].

En lo tocante a la aplicación de normas adjetivas, la Corte Constitucional señaló en Sentencia No. 169-12-EP, que las causales para la interposición de la acción de nulidad contempladas en el artículo 31 LAM se refieren a actos de procedimiento que se diferencian del *debido proceso constitucional* "en cuanto los actos de procedimiento se encuentran establecidos en leyes procesales, y cuando estos no se han

43. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, N. 21, Artículo 62. Según artículo 62 se necesita demostrar la relevancia constitucional del caso, la clara violación del derecho constitucional independientemente de los hechos, que la acción no se sustente solo en lo injusto de la decisión, que el sustento no sea solamente la falta de aplicación o errónea aplicación de la ley, o se refiera a la apreciación de la prueba por parte del juez, entre otros.
44. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 014-12-SEP-CC, Caso No. 0776-10-EP, 06/03/2012.
45. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 001-10-SEP-CC, Caso No. 0315-09-EP, 13/01/2010.

cumplido adecuadamente, provocan la nulidad o ilegalidad del acto, lo que permite al afectado obtener remedio en la justicia ordinaria"[46]. Mientras el debido proceso constitucional es la garantía de los derechos constitucionales del individuo, de la tutela efectiva de las libertades e intereses legítimos de las personas, los que se vulneran cuando se ha impedido el ejercicio de un derecho constitucional por la acción u omisión.

Encontramos confuso el anterior pronunciamiento de la Corte. Bien es cierto que las causales recogidas en los literales a, b y c del artículo 31 LAM, tienen que ver con el debido proceso y la tutela judicial efectiva, pues la falta de citación al demandado; de notificación de cualquier providencia; u omisión de práctica de pruebas, o traslado de estas, provoca indefensión a la parte afectada, y viola su derecho fundamental al debido proceso[47]. Por lo cual, deberíamos entender que, dado que tales causales encuentran remedio en la acción de nulidad, y como ya sabemos, debemos agotarla previamente, en principio, la reparación se producirá dentro de la justicia ordinaria, y solo por defecto, en la constitucional. Y no lo contrario, esto es, que tales causales nunca podrían ser materia de una acción extraordinaria de protección, en cuanto suponen una violación de derechos mediata, que encuentra remedio en los medios de impugnación de dicha justicia ordinaria.

Sobre el tema, García Belaunde[48] afirma que las irregularidades procesales por sí mismas no son suficientes para que proceda un amparo, sino que se requiere la existencia de un proceso irregular, esto es un caso grave resuelto en última instancia, en que existan irregularidades estructurales, y siempre que se tenga certeza que sin la irregularidad el resultado del proceso sería otro. Pues de otra manera, sostiene, se abriría la puerta para obtener el mismo resultado.

---

46. Corte Constitucional del Ecuador, N. 14.
47. Ley de Arbitraje y Mediación, N. 1, Artículo 31.
48. D. García Belaunde, *Derecho Procesal Constitucional,* Editorial Temis, 2001, p. 166-167.

7. Causales constitucionales para la acción extraordinaria de protección

Debemos considerar otras posibilidades que, siempre de forma residual y excepcional, habilitarían la admisión, y eventualmente la reparación en sede Constitucional. En principio se trataría de la falta de motivación, en los términos del artículo 76 literal l de la Constitución, conforme ha venido desarrollando la Corte Constitucional; y falta de competencia del tribunal arbitral.

En cuanto a la falta de motivación, la Constitucional anterior, desarrolló en Sentencia No. 227-12-SEP-CC, el conocido *test* de motivación, conforme al cual, la garantía de motivación debía reunir los parámetros de razonabilidad, lógica y comprensibilidad, para considerarse cumplida[49]. Una de las últimas sentencias de la actual Corte Constitucional, la No. 280-13-EP, cuya ponente es la doctora Nuques Martínez[50], incluye un valioso análisis, y aporte al tema, en lo tocante a la sociedad como auditorio universal y destinatario extra procesal de la motivación de las sentencias.

En lo referente a la falta de competencia, si bien en principio, corresponde exclusivamente a los árbitros pronunciarse sobre su propia competencia, este principio *kompetenz-kompetenz*, junto al de favor *arbitri* no son absolutos, y podrían existir casos de grave irregularidad, que resulten reparables en esta vía, teniendo en cuenta que, ser juzgado ante el juez competente, es una de las garantías del debido proceso prevista en el artículo 76 numeral 3 de la Constitución[51].

---

49. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 227-12-SEP-CC, Caso No. 1212-11-EP, 21/06/2012.
50. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 280-13-EP/19, Caso No. 280-13-EP, 25/09/2019.
51. Ibídem.

En esta línea se pronunció el Tribunal Constitucional Peruano en el precedente María Julia[52], al sostener que debe agotarse la instancia previa de anulación, en supuestos, que son también causales del recurso de anulación. La LAM no contempla tales causales para la nulidad de laudo, lo que, a la fecha, y mientras no se reforme adecuadamente la ley, implica la necesidad de acceder directamente a la Corte Constitucional para obtener una reparación. A nuestro criterio, la falta de disponibilidad de la materia o la inexistencia de convenio arbitral, constituyen justamente irregularidades procesales graves, y no meros incumplimientos formales, que pudieran analizarse y resolverse ante la Corte, mientras no constituyan causales de nulidad.

Así mismo, citamos los parámetros señalados en la sentencia precedente del citado Tribunal Constitucional Peruano en el 2011, en lo sustantivo o material cabe el control: **(i)** cuando se invoque la vulneración directa o frontal de los precedentes vinculantes establecidos por la Corte Constitucional sobre derechos constitucionales; **(ii)** cuando en el laudo se haya ejercido control difuso sobre una norma declarada constitucional; **(iii)** cuando la acción sea interpuesta por un tercero que no forme parte del convenio arbitral y se sustente en la violación directa o manifiesta de sus derechos constitucionales a consecuencia del laudo pronunciado[53].

8. Conclusiones

La tasa de admisión de recursos de amparo constitucional en España es del 1%[54], y en Ecuador del 8%[55]. Esto ratifica el deber ser, excepcional y residual, de la acción extraordinaria de protección, realidad a lo que no es ajena el arbitraje.

52. Tribunal Constitucional Peruano, N. 40.
53. Ibídem.
54. Congreso Nuevas Tendencias de Derecho Constitucional 19 al 21 de febrero del 2020, con la presencia de los Jueces de la Corte Constitucional, Guayaquil, Ecuador.
55. Ibídem.

La acción extraordinaria no tiene por finalidad revisar situaciones de hecho o derecho que no sean del agrado de las partes, pues no se trata de una instancia más. Su admisión requiere el agotamiento de la acción de nulidad previo, cuando el vicio invocado sea también una causal de nulidad; por el contrario, cabe el acceso directo cuando no exista la causal, como sucedería en la falta de motivación, falta de competencia, inexistencia de convenio arbitral o indisponibilidad de la materia.

En cuanto a la violación constitucional, esta deber ser directa y debe referirse a derechos constitucionales no renunciables, como la seguridad jurídica, que sucedería si el laudo se hubiere fundado en normas jurídicas no vigentes, o contraviniere precedentes constitucionales vinculantes, o fuere presentada por un tercero a quien no se admitió en el arbitraje y cuyos derechos resultaren vulnerados.

Finalmente, considero que la Corte Constitucional ha realizado importantes aportes en beneficio de la vigencia y autonomía del arbitraje, y deberá continuar señalando el derrotero del objeto del control constitucional, sin intromisión en decisiones adoptadas legítimamente, como lo ha venido haciendo hasta aquí.

De esta forma, el arbitraje como institución, no ajeno ni por sobre la Constitución, resultará fortalecido. Cada acción extraordinaria que se inadmita, o rechace en el fondo, será un espaldarazo; e inclusive aquellas acciones que prevalezcan, dotarán de certeza a los operadores y usuarios del arbitraje, para mantenerlo dentro de los límites constitucionales.

El proceso de nulidad de laudos arbitrales en el Ecuador: un comentario a la Sentencia No. 308-14-EP/20

*Juan Manuel Marchán Maldonado**
*Michelle Vasco Campoverde***

Recibido/Received: 04/11/2020
Aceptado/Accepted: 06/11/2020

Sumario: 1. Introducción. **2.** Recuento de la evolución normativa de la acción de nulidad en Ecuador. **2.1.** Antes y después de la reforma de la Ley de Arbitraje y Mediación. **2.2.** Aclaración del proceso de la acción de nulidad mediante Resolución No. 08-2017 de la Corte Naccional de Justicia. **2.3**. Sentencias de la Corte Constitucional sobre el trámite de la acción de nulidad. **3.** Falta de certeza en el proceso de acción de nulidad ¿Cómo han procedido las Cortes? **3.1.** Legitimación pasiva de la acción de nulidad. **3.2.** Casos de inadmisión por presentación extemporánea. **4.** Corte Constitucional. Caso No. 308-14-EP. **4.1.** Recuento procesal. **4.2.** Sobre la competencia para calificar la oportunidad. **4.3.** Sobre la legitimación pasiva. **4.4.** Otros puntos desarrollados. **5.** Conclusiones.

Resumen: La Corte Constitucional del Ecuador dictó la Sentencia No. 308-14-EP/20 aclarando aspectos procesales de

* Socio, Pérez Bustamante & Ponce. Profesor de Arbitraje Comercial Internacional. Miembro del Instituto Ecuatoriano de Arbitraje IEA. Máster en Derecho por Columbia University School of Law. Correo electrónico: jmarchan@pbplaw.com

** Miembro del Instituto Ecuatoriano de Arbitraje. Miembro de ECUVYAP (Ecuador Very Young Arbitration Practitioners). Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Máster en Derecho por Leiden University Law School, programa de Solución de Disputas Internacionales y Arbitraje. Correo electrónico: michellevasco33@gmail.com

J. M. Marchán Maldonado & M. Vasco Campoverde "El proceso de nulidad de laudos arbitrales en el Ecuador: un comentario a la Sentencia No. 308-14-EP/20", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje,* No. 11, 2020, pp. 115-134.

ISSN: 2600-5611 / e-ISSN: 2600-562X
DOI: 10.36649/rea1105

la interposición de la acción de nulidad en contra de laudos arbitrales. En esencia, la Corte determinó que: **(i)** la demanda de nulidad debe ser presentada en contra de la parte del proceso arbitral que no interpuso la acción de nulidad, y no contra el tribunal arbitral; y **(ii)** el tribunal arbitral es competente para establecer la validez formal de la acción antes de que se corra traslado al presidente de la Corte Provincial que la resolverá definitivamente. Es probable que esta sentencia implique mejoras y celeridad en el proceso de nulidad de laudos.

Palabras Clave: arbitraje, nulidad de laudos, reforma, proceso.

The process for annulment of arbitral awards in Ecuador : a commentary to the ruling in Case No. 308-14-EP/20

Abstract: The Constitutional Court of Ecuador issued judgement 308-14-EP/20 clarifying procedural aspects of the annulment process for arbitral awards. At its core, the judgment established that: **(i)** the annulment should be brought against the party of the arbitral proceeding who did not file the annulment, rather than the tribunal; **(ii)** the arbitral tribunal is competent to establish the formal validity of the action before it is transferred to the judge that decides upon it. This judgment is likely to improve and speed up the annulment proceeding.

Keywords: arbitration, annulment of awards, reform, procedure.

1. Introducción

Desde la publicación de la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM)[1], el trámite de la acción de nulidad de laudos arbitrales (AN) es uno de los temas que más incertidumbre ha generado en el aspecto procesal. En los años iniciales, la discusión se centró en la naturaleza de la AN como una acción o como un recurso y las consecuencias procesales de tal distinción. Posteriormente, mediante una apresurada reforma[2], el legislador aclaró que se trataba de una acción, sin perjuicio de lo cual todavía puede encontrarse referencias a la AN como un recurso en el texto del artículo 31 LAM[3]. Todo lo anterior ha causado oscuridad en el trámite, falta de certeza y una jurisprudencia inconsistente. Es por ello que la reciente Sentencia No. 308-14-EP (la Sentencia) emitida por la Corte Constitucional (la Corte) llama enormemente la atención, pues se centra en desenmarañar el trámite de la AN en puntos que parecían olvidados, tales como: **(i)** la legitimación pasiva, **(ii)** el deber de citación, y **(iii)** las competencias del tribunal arbitral (TA). Naturalmente, la Sentencia también es relevante en otros aspectos, como se desarrollará en el decurso de ese comentario.

Para poder llegar al estudio del mencionado pronunciamiento de la Corte, y analizar su posible impacto en el ámbito del arbitraje en el Ecuador, primero se hará un breve recuento de la evolución normativa referente a la AN en Ecuador (A). Luego, se hará un repaso jurisprudencial en el que se podrá evidenciar la falta de certeza que ha generado la situación normativa de la AN (B). Finalmente, se analizará la

1. Ley de Arbitraje y Mediación, RO No. 145, 04/09/1997.
2. Ley Reformatoria a la Ley de Arbitraje y Mediación, RO No. 532, 25/02/2005.
3. J. Marchán, "La aplicación de la acción de nulidad de laudos arbitrales en el Ecuador", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 3, 2012; F. Albuja Guarderas, "La acción de nulidad de un laudo arbitral: ¿un proceso de conocimiento?", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 6, 2015.

Sentencia 308-14-EP, las novedades que trae y, sobre todo, sus posibles efectos (C).

2. Recuento de la evolución normativa de la acción de nulidad en Ecuador

2.1. Antes y después de la reforma de la LAM

La AN ha tenido un desarrollo sinuoso en la normativa ecuatoriana. En los más de veinte años de vigencia de LAM, esta acción ha sido motivo reiterado de discusiones, comenzando por su misma naturaleza. La reforma de esta ley que tuvo lugar en 2005[4] esclareció algunos de los aspectos controversiales sobre la AN y su sustanciación, al modificar el artículo 31 LAM en los siguientes puntos:

(i) Determinó que la nulidad de laudos arbitrales es una acción independiente y no un recurso;

(ii) Incluyó una nueva causal para la AN[5];

(iii) Estableció que deberá tener un trámite especial y sumario; y,

(iv) Estableció que el juez competente para conocerla es el presidente de la Corte Provincial de Justicia pertinente.

Otra de las reformas al mencionado artículo fue la eliminación del siguiente párrafo:

> [e]ste recurso se interpondrá ante el tribunal que conoció la causa y éste, a su vez, *sin pronunciarse sobre la procedencia o improcedencia del mismo,* remitirá el proceso al Presidente de la Corte Superior del Distrito del lugar del arbitraje para que conozca el recurso, dentro del término de tres días después de interpuesto (énfasis añadido)[6].

4. Ley Reformatoria a la Ley de Arbitraje y Mediación, N. 2.
5. Se agregó como literal e) el texto: "[c]uando se hayan violado los procedimientos previstos en esta Ley o por las partes para designar árbitros o constituir el Tribunal Arbitral".
6. Ley de Arbitraje y Mediación, N. 1, Artículo 31.

Cabe destacar que el párrafo eliminado impedía expresamente que el TA califique la oportunidad de la demanda de AN. Sin embargo, a pesar de que se deshizo de la prohibición, el legislador no aclaró las competencias del TA y tampoco incluyó una nueva prohibición. Volveremos sobre esto más adelante.

Si bien esta reforma significó un cierto grado de esclarecimiento sobre la naturaleza de la nulidad de laudos arbitrales y su sustanciación, el legislador no incluyó otras especificaciones necesarias respecto del trámite a seguir. Por ejemplo, no se detalló quién es el legitimado pasivo de la acción, las competencias del TA como receptor de la demanda, el procedimiento a seguir por la Presidencia de la Corte Provincial para la sustanciación de la acción, ni las previsiones para la impugnación una vez emitida la resolución. Por consiguiente, aún después de esta reforma, el trámite de la AN siguió generando varias dudas y contradicciones en los usuarios del sistema arbitral, en los jueces de las Cortes Provinciales[7], e incluso de la Corte Nacional de Justicia (CNJ)[8]. Probablemente sea por todo ello que la última buscó remediar la oscuridad de la ley que regula la AN –que reformas y jurisprudencia anteriores no supieron lograr– a través de la Resolución No. 08-2017 que se centró en el trámite de esta acción y sería el siguiente gran cambio que se llevó a cabo respecto de la misma[9].

7. Véase, Resolución No. 08-2017 CNJ, considerando décimo octavo, p. 5, RO No. 983, 12/04/2017.
8. Por ejemplo, en lo relativo a la impugnación de las resoluciones de nulidad vía apelación o casación. Véase, Presidencia de la Corte Provincial de Pichincha, Juicios Especiales de Nulidad de Laudo Arbitral, No. 05-2013 y No. 44-2012; Corte Provincial de Pichincha, proceso 17112-2010-0030 en el que se califica y acepta a trámite recurso de casación sobre resolución de nulidad de laudo; Corte Nacional de Justicia No. 0054-2011 dentro del juicio No. 2010-0546, en la que se da trámite a recursos de casación interpuesto sobre resolución de acción de nulidad.
9. Resolución No. 08-2017 CNJ, N. 7.

2.2. Aclaración del proceso de la acción de nulidad mediante Resolución No. 08-2017 de la Corte Nacional de Justicia

El artículo 1 de la Resolución No. 08-2017 CNJ, aclara que la AN:

(i) Se presentará *ante el tribunal arbitral* que dictó el laudo en el término de diez días desde que se ejecutorió el laudo;

(ii) El tribunal arbitral remitirá el proceso a la Presidencia de la Corte Provincial de Justicia respectiva en el término de tres días;

(iii) La Presidencia de la Corte Provincial verificará si la acción fue interpuesta dentro de término, en cuyo caso se pondrá en conocimiento *de la contraparte* para que *la conteste* dentro del término de cinco días. En caso contrario, inadmitirá la petición; y que

(iv) La presidencia de la Corte Provincial de Justicia convocará *a las partes* a audiencia única en la que se practicará la prueba pertinente[10].

El artículo 2 detalla que la audiencia única deberá seguir los lineamientos establecidos en los artículos 79 y 87 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP). Luego, el artículo 3 establece que la decisión deberá ser pronunciada en forma oral y que se notificará la sentencia motivada por escrito. Y, finalmente, el artículo 4 establece que no habrá recurso alguno de la decisión sobre esta acción, salvo aclaración o ampliación.

Al igual que la reforma de 2005 a la LAM, esta Resolución esclarece el trámite de la AN, pero continúa obviando especificaciones necesarias para una sustanciación clara y correcta. No detalla quién deberá ser considerada la "contraparte" de la acción, a efectos de "darla a conocer", ni la función exacta del TA como receptor de la acción y, por ende, iniciador del trámite. De hecho, al ser este un tema no

10. Ibídem.

resuelto ni por la ley ni por la jurisprudencia, por varios años y en buena parte de los procesos de nulidad los *demandados*, incorrectamente, han sido los árbitros[11]. De la lectura de los considerandos se intuye que estas omisiones responden a un esfuerzo por aclarar las dudas que aquejaban al sistema arbitral en aquel momento: la posibilidad de recurrir la resolución de nulidad acorde al COGEP. Sin embargo, la oportunidad era clave para, de una vez por todas, desarrollar a consciencia el trámite de la AN en todas sus aristas.

2.3. Sentencias de la Corte Constitucional sobre el trámite de la acción de nulidad

La Corte Constitucional también ha tomado parte en la búsqueda de desenredar el proceso de sustanciación de la AN. La Corte se ha pronunciado sobre diversos puntos relacionados con dicha acción a través de varias sentencias. De las sentencias analizadas puede concluirse que, similar a la Resolución de la CNJ, la mayoría de los pronunciamientos se refieren a la posibilidad y forma de recurrir a las resoluciones de AN (tema extensamente debatido[12] que, aunque interesante, escapa el alcance de este comentario). Por el contrario, poco se ha dicho sobre los aspectos del proceso de sustanciación de AN, que aún después de varias reformas, resoluciones y sentencias relacionadas, quedaron sin resolver. Así, entre los pronunciamientos de la Corte Constitucional relativos al trámite de AN cabe mencionar la Sentencia No. 323-13-EP/19, que estableció que:

> [d]erivado del reconocimiento constitucional a la naturaleza convencional y alternativa del arbitraje, su efectividad también depende un deber de respeto e independencia por

11. Veáse, Sección 3.1.
12. Veáse, E. Carmigniani, H. García & C. Cepeda, "Arbitraje en Ecuador: Desarrollo Jurisprudencial y Reformas Legales Recientes", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 7, 2016; F. González de Cossío, "Procesos Constitucionales y Procesos Arbitrales: ¿Agua y Aceite?", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 6, 2015; F. Albuja Guarderas, N. 3.

> parte de la justicia ordinaria hacia el arbitraje. Un control judicial indiscriminado, de oficio, transgrediría el carácter alternativo de este sistema y dejaría sin efecto a la voluntad de las partes.

Además de remediar criterios anteriores[13] que atentaban contra la taxatividad de las causales de nulidad contenidas en el artículo 31 LAM, este texto enfatiza el principio de intervención judicial mínima respecto del arbitraje, mismo que aplica a todo trámite o procedimiento que tenga nacimiento en el sistema arbitral[14]. Este criterio se complementa en cierta forma con la Sentencia No. 155-12-SEP-CC que, respecto de la mínima intervención, ya estableció que el TA deberá hacer una primera calificación de la oportunidad de la demanda de nulidad antes de que sea analizada por la Corte Provincial, que es parte de la justicia ordinaria. Este análisis se basa también en la apreciación de que los TA están imposibilitados de dar trámite a AN extemporáneas porque estarían contraviniendo norma expresa (artículo 31 LAM)[15].

Por último, la Sentencia No. 31-14-EP/19 puntualizó que la declaratoria de nulidad de un laudo arbitral puede afectar directamente a la contraparte del arbitraje, a quien ya se le confirió certeza sobre determinada controversia por la autoridad de cosa juzgada del laudo arbitral[16]. Esta aseveración tiene relación directa con la naturaleza del legitimado pasivo de la AN, la cual es imprecisa tanto en la LAM como en la Resolución No. 08-2017 CNJ. En la Sentencia No. 31-14-EP/19 también se hace hincapié en que la declaratoria de nulidad es una sanción contra el laudo arbitral como acto procesal y no contra las personas de los árbitros o la institución

13. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 302-15-SEP- CC, Caso No. 0880-13-EP, 16/09/2015.
14. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 323-13 EP/19, Caso No. 323-13-EP, 19/11/2019, párr. 33-35.
15. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 155-12-SEP-CC, Caso No. 1037-10-EP, 17/04/2012, p. 11.
16. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 31-14-EP/19, Caso No. 31-14-EP, 19/11/2019, párr. 45.

administradora del arbitraje[17]. Aunque este punto parezca evidente, la imprecisión de la ley ha tenido consecuencias importantes que se tratarán más adelante.

Si bien las sentencias citadas en esta sección han tocado puntos necesarios para el esclarecimiento del trámite de la AN, los pronunciamientos han sido escasos y complementarios al análisis de otros problemas jurídicos, por lo que su efectividad se ha visto mermada. De tal manera, la falta de claridad del trámite de la AN ha generado reiterada falta de certeza e inestabilidad en su aplicación, impactando directamente a los usuarios del sistema arbitral.

3. Falta de certeza en el proceso de acción de nulidad ¿Cómo han procedido las cortes?

La LAM es oscura respecto del trámite de la AN. Las Cortes Provinciales, llamadas a conocer este proceso, han fallado varias veces en el intento de discernir su correcta sustanciación[18]. Además, las altas cortes de nuestro sistema también han fallado en el intento de aclarar la oscuridad de la norma de manera integral y efectiva. En varias ocasiones la Corte Constitucional ha emitido sentencias contradictorias y confusas en cuanto a la forma de recurrir la resolución de la AN (apelación, casación, acción extraordinaria de protección) y a la naturaleza de su procedimiento (ordinario o especial).

En consecuencia, la falta de certeza en el trámite de la AN se ha hecho evidente a través de los años. La jurisprudencia está compuesta de casos inconsistentes en muchos aspectos, incluidos aquellos en los que se centra este comentario: la legitimación pasiva y las competencias del TA.

17. Ibídem, párr. 43 y 44. Véase, análisis de la Presidencia de la Corte Provincial de Pichincha en los Casos No. 17100-2014-0009 y No. 17100-2014-0068 sobre la falta de legitimación pasiva del tribunal arbitral en la acción de nulidad del laudo.
18. Véase, Presidencia de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas, Sentencia, Causa No. 23100-2014-0001b, 27/01/2014.

3.1. Legitimación pasiva de la acción de nulidad

Un problema recurrente en la sustanciación de la AN se refiere a la identidad de la legitimada pasiva de esta acción. Tanto accionantes como presidentes de las Cortes Provinciales han incurrido en errores al respecto. Por ejemplo, en la Causa No. 23100-2014-0001b la Presidencia de la Corte Provincial de Santo Domingo de los Tsáchilas dio trámite a una AN, pero una vez calificada la demanda, no dispuso su citación, sino la notificación del auto en el que avocó conocimiento:

> […] no se observa que el juez haya puesto en conocimiento del acciona[do] el contenido de la demanda para que pueda contradecirla, ni que le haya concedido un término para pronunciarse sobre la demanda antes de resolver la causa[19].

Presumiblemente, al no considerar como legitimada pasiva a la contraparte del arbitraje que no interpuso la AN (la accionada), la autoridad no ordenó la citación sino que consideró suficiente la sola notificación. Por otra parte, en la Causa No. 17100-2016-00006, la accionante interpuso la demanda de nulidad contra el tribunal arbitral, por lo que, la Presidencia de la Corte Provincial de Pichincha ordenó citar:

> […] a los Doctores: ALEJANDRO PONCE MARTÍNEZ […]; ERNESTO ALBÁN GÓMEZ […]; y, MIGUEL ANDRADE CEVALLOS (…), el primero Presidente y los dos restantes Árbitros Principales, del Tribunal Arbitral, a fin de que contesten en el término de ocho días.

En la Resolución No. 08-2017 la CNJ especificó que la Presidencia de la Corte Provincial *pondrá en conocimiento de la contraparte* el contenido de la demanda *para que la conteste*. Ello implica un deber de citación que beneficia al establecimiento de un procedimiento más claro. No obstante, la CNJ parece

19. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 308-14-EP/20, Caso No. 308-14-EP, 19/08/2020, p. 9-10.

haber obviado detallar quién es la contraparte adecuada, que es justamente el punto sobre el que se ha errado reiteradamente.

3.2. Casos de inadmisión por presentación extemporánea

Como se puntualizó previamente, la reforma a la LAM de 2005 eliminó la prohibición de los TA para pronunciarse sobre la oportunidad de la demanda de nulidad. Sin embargo, las competencias del TA no fueron detalladas en dicha reforma, provocando falta de certeza. Así, por ejemplo, en el Caso No. 1037-10-EP las partes accionantes interpusieron una acción extraordinaria de protección (AEP) en contra del Tribunal Arbitral porque rechazó una AN por extemporánea[20]. Las accionantes consideraron que este rechazo vulneró sus derechos y que se "fundamentó en jurisprudencia" y no en competencias conforme a la ley, lo cual, alegaron, era una "arbitrariedad, de por si contraria al Derecho"[21]. Si bien la Corte resolvió que no existió violación alguna y que el "Tribunal Arbitral se encontraba imposibilitado legalmente para [dar] trámite"[22] a la AN, este caso deja ver la necesidad de establecer claramente las competencias de los TA para pronunciarse sobre la oportunidad de las AN.

Es curioso que la Resolución No. 08-2017 de la CNJ, posterior al caso citado, no haya incluido especificaciones sobre las competencias –o falta de ellas– del tribunal arbitral respecto de la AN, a pesar de que la Corte ya había dado el 'visto bueno' a la calificación de la demanda por parte del TA en la Sentencia No. 155-12-SEP-CC.

---

20. Tribunal Arbitral de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Guayaquil, Caso No. 033-2007, *Rolando Jorge Siman Jacir c. Esmeralda Lossa de Rosillo*.
21. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 155-12-SEP-CC, Caso No. 1563-12-EP, 19/05/2017, p. 2-3.
22. Ibídem, p. 12.

Cabe finalizar esta sección con lo sucedido en el proceso arbitral No. 003-2011-CENARME-SD[23], cuyo TA también inadmitió un recurso de nulidad por extemporaneidad acorde al artículo 31 de la LAM. Dicha inadmisión fue impugnada mediante una –errónea– acción de protección (AP), una AN y, finalmente, el caso se llevó ante la Corte mediante AEP[24]. A través de la Sentencia No. 308-14-EP/20 emitida en respuesta, la Corte se dirigió a los vacíos y oscuridades en el trámite de la AN, que, como se ha visto, parecían abandonados por la jurisprudencia ecuatoriana.

4. Corte Constitucional. Caso No. 308-14-EP

4.1. Recuento procesal

El proceso arbitral que antecede a la AEP tiene relación con la demanda presentada por un consultor contratado por la Empresa Pública Municipal de Agua Potable y Alcantarillado Santo Domingo (EPMAPA-SD). El consultor solicitaba a dicha entidad el pago de dos planillas adeudadas más el reajuste de precios, intereses, daños y perjuicios. Tras la audiencia de mediación, en la cual no se llegó a acuerdo, se designó un árbitro único mediante sorteo. El 21 de enero de 2013, se dictó un laudo que dio lugar a la demanda y ordenó el pago de las planillas adeudadas. El 19 de febrero de 2013, la EPMAPA-SD interpuso recurso de aclaración de dicho laudo, mismo que fue negado por el árbitro. Después, la EPMAPA-SD interpuso un recurso de ampliación que también fue negado. La entidad pública insistió en el pedido de ampliación del laudo. El 23 de junio el árbitro negó el pedido aduciendo que la petición ya había sido despachada.

23. Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Construcción de Santo Domingo de los Tsáchilas, Proceso arbitral No. 003-2011-CENARME-SD, *Edmundo Abel Naranjo Ramos c. Empresa Pública Municipal de Agua Potable y Alcantarillado Santo Domingo* ("EPMAPA- SD").
24. Corte Constitucional del Ecuador, N. 19.

El 8 de julio de 2013, la EPMAPA-SD presentó AN ante al árbitro. El 9 de julio el árbitro señaló que la acción de nulidad había sido presentada de forma extemporánea y que, por tanto, se tendría por no interpuesta y no se aceptaría a trámite. La EPMAPA-SD solicitó que se revoque la negativa. El árbitro negó la revocatoria y archivó la causa. La Empresa Pública presentó AP respecto de declaratoria de extemporadeidad ante la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Santo Domingo, por una supuesta vulneración del derecho al debido proceso y a la seguridad jurídica. El juez que conoció la AP –erróneamente– dio lugar a la misma aduciendo vulneración al derecho a la tutela judicial expedita y dejó sin efecto lo actuado a partir del 9 de julio de 2013 (negativa de AN). Además, dispuso que se remita el expediente al presidente de la Corte Superior de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas. El árbitro dio cumplimiento a lo ordenado en la sentencia.

El 14 de febrero de 2014, el presidente de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas declaró la nulidad del expediente arbitral por "ilegal designación del árbitro único". El consultor presentó AEP por esta sentencia, alegando que se vulneraron sus derechos a la tutela judicial efectiva, debido proceso y seguridad jurídica. Señaló que no se sustanció el procedimiento, que no se le citó y que no se le dio oportunidad de oponerse a la demanda y plantear sus excepciones. Pidió que se deje sin efecto la sentencia impugnada, que se dicte medidas cautelares para remediar el daño grave, inminente e irreparable que se le había causado y que se acepte a trámite su "recurso de casación".

El 20 de enero de 2020, el juez constitucional avocó conocimiento de la causa y dispuso correr traslado al presidente de la Corte Provincial de Santo Domingo de los Tsáchilas como parte accionada, para que presente su informe. El 19 de agosto de 2020, tras un análisis de los argumentos

que rodean la controversia, la Corte Constitucional emitió la Sentencia No. 308-14-EP/20 en la que decidió aceptar la AEP, declarar la vulneración del derecho a la seguridad jurídica y de las garantías del debido proceso, y dejar sin efecto la sentencia emitida por el presidente de la Corte Provincial de Santo Domingo, dejando firme el laudo emitido en enero de 2013.

La decisión de la Corte Constitucional respecto del asunto puesto a su consideración supone, en lo principal, dos novedades: **(i)** señala que la competencia para calificar en un primer momento la oportunidad de la presentación de la AN recae en el mismo tribunal arbitral; y **(ii)** establece que la legitimación pasiva en una AN no es del tribunal arbitral ni del centro administrador del arbitraje, sino de la contraparte procesal que no ha presentado la acción.

4.2. Sobre la competencia para calificar la oportunidad

La sentencia analizada establece que el TA es el llamado a calificar la oportunidad de la presentación de la AN en observancia al criterio objetivo de temporalidad previsto por el artículo 31 LAM:

> […] Presentada la acción de nulidad, el árbitro o tribunal arbitral dentro del término de tres días, remitirán el proceso al presidente de la corte superior de justicia, quien resolverá la acción de nulidad dentro del término de treinta días contados desde la fecha que avocó conocimiento de la causa. *La acción de nulidad presentada fuera del término señalado, se tendrá por no interpuesta y no se la aceptará a trámite* (énfasis añadido)[25].

Según la Corte, son los árbitros quienes deben declarar la extemporaneidad de la presentación de la acción y tenerla como no interpuesta. Por ese motivo, la Corte considera que la actuación del árbitro que negó la AN fue apegada a derecho.

25. Ley de Arbitraje y Mediación, N. 1, Artículo 31.

Sin embargo, la Corte no realiza un análisis extendido sobre esta potestad, sino que se limita a establecerla en la síntesis de la sentencia. En principio, este pronunciamiento parece contrario a la Resolución No. 08-2017 del Pleno de la CNJ que estableció que el presidente de la Corte Provincial debe verificar si la acción se interpuso oportunamente[26]. No obstante, dicha Resolución no se pronuncia sobre las competencias del TA, por lo que su contenido no suprime –ni otorga– potestades al TA.

Por otra parte, a lo largo de la Sentencia No. 308-14-EP/20 la Corte reitera el deber del presidente de la Corte Provincial de analizar la oportunidad de la AN. De hecho, la Corte señala que el presidente de la Corte Provincial correspondiente está obligado a comprobar la condición habilitante para tramitar la AN. Esta condición consiste, precisamente, en que la acción sea presentada dentro del término legal. Según la Sentencia, la competencia del presidente de la Corte Provincial "nace con la presentación oportuna de la acción de nulidad del laudo arbitral. De otra manera, los jueces carecen de competencia para examinar las causales de nulidad y sin dicho examen, están impedidos de anular la decisión de los árbitros"[27]. Así, a decir de la Corte, la competencia del presidente de la Corte Provincial para analizar las causales de nulidad previstas en el artículo 31 LAM se encuentra limitada por dos cuestiones, una causa de la otra: **(i)** que la acción sea presentada dentro del límite legal; y **(ii)** que el laudo no haya adquirido cualidad de firmeza.

¿Cómo interpretar entonces la competencia para la calificación de la admisibilidad de la AN? Este comentario sugiere entenderla como un mecanismo de doble control. Por ejemplo, en justicia ordinaria la sala de la Corte Provincial califica la oportuna interposición del recurso de casación y, posteriormente, el conjuez nacional revisa que efectivamente

26. Resolución No. 08-2017 CNJ, N. 7, Artículo 1(3).
27. Corte Constitucional del Ecuador, N. 19.

el recurso haya sido presentado dentro del término legal. De la misma manera, en el caso de la AN el TA debe realizar una primera verificación temporal sin perjuicio de la segunda revisión que debe llevar a cabo el presidente de la Corte Provincial respectiva. Acorde a la Corte Constitucional, este mecanismo de doble control debe hacerse con miras a resguardar la observancia del derecho a ser juzgado por autoridad competente y, además, del derecho a la seguridad jurídica.

En la práctica esto significará que se reducirán los tiempos para declarar la admisibilidad de una AN, pues será el mismo tribunal quien la califique inmediatamente después de interpuesta. Desde un punto de vista general, ello implica la reducción de la duración del proceso y, desde una perspectiva particular, de la incertidumbre de las partes. No obstante, la Sentencia significa también que la decisión de admisibilidad del tribunal arbitral puede ser revocada posteriormente por el presidente de la Corte Provincial correspondiente, lo que vuelve a significar ambigüedad e inseguridad para las partes.

4.3. Sobre la legitimación pasiva

La Corte analiza la legitimación pasiva en la AN a propósito de las alegaciones de la parte accionante sobre vulneración del debido proceso, específicamente en cuanto al derecho a la defensa y a ser escuchado en el momento oportuno. En este sentido, la Corte señala que, aun cuando el artículo 31 LAM no especifica quién es el legitimado pasivo de la AN, es evidente que debe ser la contraparte en el arbitraje. Ello se basa en la potencialidad que tiene la AN de afectar directamente la situación jurídica de la contraparte del arbitraje. Consecuentemente, la Corte señala que es *obligación* del presidente de la Corte Provincial correspondiente ordenar la citación de la AN y no su mera notificación. La notificación

tiene por objeto dar a conocer que el juez sustanciará el proceso y la citación tiene por objeto correr traslado del escrito de interposición de la acción de nulidad. Así, al no citar al legitimado pasivo, este no tendría la oportunidad de conocer la demanda para poder pronunciarse sobre ella y contradecir la acción. Por ese motivo, estima la Corte, el derecho a la defensa se ve salvaguardado únicamente si la parte no accionante es citada con la demanda de nulidad y, además, si se le da la oportunidad de contradecir la pretensión.

La Corte aclara brevemente que ni los árbitros ni la institución administradora del arbitraje pueden considerarse partes en el arbitraje. Además, manifiesta que la declaratoria de nulidad es una sanción contra el laudo, pero no contra los árbitros ni contra el centro. Según la Corte, la AN únicamente puede afectar a las partes, pero de ninguna forma incumbe a los árbitros ni al centro. Sin embargo, este pronunciamiento no toma en cuenta que la nulidad del laudo sí podría tener incidencia para los árbitros en cuanto al régimen de responsabilidad al que podrían estar sometidos. Si bien en nuestro ordenamiento jurídico este punto no está regulado, en el Derecho comparado se ha establecido que la declaratoria de nulidad del laudo es una condición necesaria para poder responsabilizar civilmente a los árbitros en la mayoría de los casos[28]. Esto es de particular importancia. Si la existencia de una causal de nulidad tiene incidencia en la determinación de la responsabilidad civil de los árbitros o del centro, estos deberían tener la oportunidad de pronunciarse sobre la AN en lugar de simplemente esperar su resultado y la potencial demanda por daños y perjuicios a que puedan ser sujetos. Así, si bien la declaratoria de nulidad no genera consecuencias

28. A. Grill & S. Lukic, *Arbitrators' Liability: Austrian Supreme Court Reconfirms Strict Standards*, Kluwer Arbitration Blog, 2016, en J. Jaramillo Troya, "La responsabilidad civil de los árbitros en el Ecuador: hacia la regulación de un ámbito no explorado", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 8, 2016.

directas para los árbitros o los administradores, puede tener una incidencia patrimonial muy grande *a posteriori*.

4.4. Otros puntos desarrollados

Además de las novedades mencionadas arriba, la Corte Constitucional reitera dos cuestiones relativas a la relación entre el sistema arbitral y el sistema constitucional/ordinario, a saber: **(i)** la inaplicabilidad de la acción de protección con respecto a decisiones emitidas por la justicia arbitral; y **(ii)** la independencia del sistema arbitral.

En el caso que conoció la Corte, un juez perteneciente a la justicia ordinaria en supuesto ejercicio sus atribuciones constitucionales, dio lugar a una AP interpuesta por la EPMAPA-SD y dejó sin efecto varias decisiones emitidas por el árbitro referentes a la inadmisión de la AN del laudo. Dicho juez declaró vulnerado el derecho a la tutela judicial expedita y ordenó al árbitro la remisión del expediente al presidente de la Corte Provincial de Santo Domingo de los Tsáchilas. Pese a que la decisión sobre la AP no fue objeto de la AEP resuelta por la Corte, esta realiza un análisis respecto de la (in)corrección jurídica de la decisión del juez de la Unidad Judicial de la Familia de Santo Domingo. Al respecto, señala que la AP fue pensada para garantizar derechos constitucionales frente a actuaciones de autoridades no judiciales. Así, si bien reconoce que los tribunales arbitrales no son propiamente jurisdiccionales, sus decisiones sí lo son. Por lo tanto, el control de constitucionalidad referente a los laudos arbitrales no debe realizarse por medio de la acción de protección, sino a través de la acción extraordinaria de protección.

Finalmente, la Corte Constitucional enfatizó que no se puede propender a una interacción indebida entre la justicia

constitucional u ordinaria y la arbitral, pues ello conllevaría la desnaturalización de la segunda y contravendría el principio de intervención judicial mínima. Esta posición es más que entendible, pues permite al arbitraje una verdadera autonomía, pero sobre todo es coherente con el pronunciamiento de que son los tribunales arbitrales quienes deben calificar la oportunidad de la acción de nulidad, sin requerir innecesariamente de la intervención de la justicia ordinaria para una diligencia que puede ser evacuada por ellos mismos. A criterio de este comentario, tal señalamiento propende a no desconocer la institución arbitral, los principios que la fundan y, sobre todo, su eficacia.

5. Conclusiones

La AN ha sido un tema controversial en la normativa ecuatoriana por múltiples razones incluída su propia naturaleza. Si bien a lo largo de los años se han llevado a cabo varios intentos de completar los vacíos y remediar las inconsistencias de la norma que regula la AN, estos han resultado insuficientes. La Sentencia No. 308-14-EP/20 recientemente expedida por la Corte Constitucional vuelve a tratar la obscuridad en el trámite de la AN y se dirige a ella de manera contundente. Si bien esta Corte ha emitido pronunciamientos previos en los que se refiere a dicho trámite, estos han sido elementos complementarios. En la Sentencia objeto de este comentario, el trámite de la AN de nulidad es el centro del análisis, por lo que la Corte recoge los precedentes, los unifica y desarrolla llegando a las siguientes conclusiones:

(i) La oportunidad de la demanda de acción de nulidad de laudos arbitrales requiere una doble calificación: la primera por parte del tribunal arbitral y la segunda por parte del presidente de la Corte Provincial de Justicia correspondiente;

(ii) La legitimación pasiva de la acción de nulidad contra laudos arbitrales le corresponde a la contraparte del arbitraje que no solicitó la nulidad;

(iii) El derecho a la defensa de la legitimada pasiva no se salvaguarda con la mera notificación sino con la citación de la acción y con la oportunidad de contradecir los argumentos presentados en la misma;

(iv) Reitera la inaplicabilidad de la acción de protección con respecto a decisiones emitidas por la justicia arbitral; y,

(v) Enfatiza la independencia del sistema arbitral, que se concatena con las facultades del tribunal arbitral para calificar la oportunidad de la presentación de la acción de nulidad de laudos arbitrales.

Ahora bien, en la práctica los efectos de la Sentencia son diversos. Indudablemente, implica un desarrollo positivo en cuanto aclara aspectos procesales que seguían generando dudas en la sustanciación de la AN. Además, podría significar una mejora en la celeridad del proceso arbitral en general. En lugar de esperar con total falta de certeza varios meses –si no años– para terminar con una desestimación de la accion por inoportunidad, esta respuesta podría ser inmediata. No obstante, la decisión del TA continuará sujeta a la revisión del presidente de la Corte Provincial correspondiente, quien podría considerar que el criterio del TA para la aceptación o desestimacion de la demanda de AN fue incorrecto. Por otro lado, aún cuando la Sentencia aclara el asunto de la legitimad pasiva de la AN, deja un vacío importante en la posibilidad de que los árbitros y el centro adnministrador del arbitraje se pronuncien sobre esta acción, lo que pudiera tener efectos en un regimen de responsabilidad contra los mismos. En todo caso, lo último continúa sin regular en la normativa ecuatoriana, por lo que permanecerá como un punto a considerar en el futuro.

Dechert, una firma internacional especializada y reconocida

Dechert es una firma de abogados reconocida a nivel mundial por sus servicios de asesoría jurídica, especialmente en el área de mercados de capitales, arbitraje internacional y litigios internacionales. Fundada en Filadelfia en 1875, Dechert cuenta hoy con aproximadamente 1,000 abogados que ejercen en 26 oficinas en Estados Unidos, Europa, Asia y el Medio Oriente.

El equipo de arbitraje internacional es uno de los más prestigiosos del mundo. Goza de una excelente reputación por su experiencia en arbitrajes comerciales y de inversión, legalmente/técnicamente complejos, y multi-jurisdiccionales como abogados de compañías multinacionales, Estados y entidades estatales en América Latina.

dechert.com

Dechert
LLP

Menos sorpresas e incertidumbre: propuesta de reforma a la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM) en materia de responsabilidad civil de los árbitros, los centros de arbitraje y sus directores

*Brisney David Molina Coello**

Recibido/Received: 26/07/2020
Aceptado/Accepted: 29/09/2020

Sumario: 1. Introducción. **2.** El panorama actual de la responsabilidad civil de los tribunales arbitrales, los centros de arbitraje y sus directores. **3.** Consideraciones para una posible reforma a la LAM que prevea un régimen de responsabilidad civil para los árbitros, centros de arbitraje y sus directores. **3.1.** Aceptación de la tesis mixta sobre la naturaleza del arbitraje. **3.2.** Tipificación de los deberes de los árbitros, centros de arbitraje y sus directores. **3.3.** Graduación de la culpa y otros requisitos para la imputación de responsabilidad. **4.** Propuesta de reforma a la LAM. **5.** Conclusiones.

Resumen: La LAM prevé responsabilidad civil para los árbitros, centros de arbitraje y sus directores. Sin embargo, no la regula con un régimen especial. Con posiciones divididas, la doctrina ecuatoriana afirma que el régimen civil o las normas

* Asociado en Jaramillo Dávila Abogados. Entrenador del equipo de arbitraje y Profesor Adjunto de las clases de Arbitraje y Sucesiones en la Universidad de los Hemisferios (Ecuador). Embajador de *Arbitrator Intelligence* para el período 2020-2021. Colaborador para la creación y actualización de la Base de Datos de Arbitraje del Instituto Ecuatoriano de Arbitraje (Ecuador). Abogado *Summa Cum Laude* por la Universidad de los Hemisferios (Ecuador). Diplomado en Derecho de Daños por la Universidad Complutense de Madrid (España). Correo electrónico: dmolina@jaramillodavila.com

D. Molina Coello, "Menos sorpresas e incertidumbre: propuesta de reforma a la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM) en materia de responsabilidad civil de los árbitros, los centros de arbitraje y sus directores", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 11, 2020, pp. 137-160.

ISSN: 2600-5611 / e-ISSN: 2600-562X
DOI: 10.36649/rea1106

aplicables a los jueces podrían usarse alternativamente. Este trabajo propone un texto para una posible reforma a la LAM. Se recomienda que la ley: **(i)** adopte la teoría mixta sobre la naturaleza del arbitraje; **(ii)** tipifique los deberes de los árbitros y los directores; **(iii)** establezca reglas sobre la graduación de la culpa; e, **(iv)** incorpore requisitos especiales que acoplen la imputación de responsabilidad civil a la realidad del arbitraje.

Palabras Clave: responsabilidad civil, árbitros, directores, centros de arbitraje, reforma.

Less surprises and uncertainty: proposal to reform the Arbitration and Mediation Law (LAM) in matters of civil liability of arbitrators, arbitration centers and their directors

Abstract: Ecuadorian Arbitration Law foresees civil liability for arbitrators, arbitration centers and directors. Nonetheless, it does not regulate it with a special regime. With divided positions, the Ecuadorian doctrine affirms that the contractual regime or the rules applicable to the judges could be used alternatively. This work proposes a text for a possible reform to the Ecuadorian Arbitration Law. It is recommended that it: **(i)** adopts the mixed theory on the nature of arbitration; **(ii)** typifies the duties of arbitrators and directors; **(iii)** establishes rules for the duty of care; and, **(iv)** incorporates special requirements that couple the imputation of civil liability to the reality of arbitration.

Keywords: civil liability, arbitrators, directors, arbitration centers, law reform.

1. Introducción

La posibilidad de que los tribunales arbitrales, los centros de arbitraje y sus directores sean responsables civilmente por

las obligaciones que adquieren al sustanciar un proceso arbitral, ha sido aceptada sin mayor polémica en el Ecuador. La LAM prevé expresamente la responsabilidad de los árbitros, pero no la regula[1]. También prevé deberes de los centros y sus directores, pero omite normar su responsabilidad. En este trabajo, se recogerán los pocos, pero valiosos desarrollos doctrinarios que se han realizado en el Ecuador sobre la responsabilidad de los tribunales arbitrales, de los centros de arbitraje administrado y de sus directores **[2]**. Luego, se expondrán ciertas consideraciones para plantear una reforma a la LAM en este ámbito y crear un régimen especial de responsabilidad civil, que se acople a la realidad del arbitraje **[3]**. Finalmente, se propondrá el texto para un posible cambio a dicho cuerpo normativo **[4]**.

2. El panorama actual de la responsabilidad civil de los tribunales arbitrales, los centros de arbitraje y sus directores

En el Ecuador, los arbitrajes pueden ser *ad hoc* o administrados[2]. Los arbitrajes administrados son aquellos que utilizan las normas procedimentales de algún centro de arbitraje, donde también se suele sustanciar el proceso arbitral. Por su parte, los arbitrajes *ad hoc* se tramitan sin la necesidad de un centro de arbitraje, ante árbitros nombrados de manera independiente[3]. Esta distinción es importante para determinar a quiénes se les podría imputar responsabilidad civil.

En el arbitraje *ad hoc*, todos los actos del proceso arbitral son dictados por el tribunal arbitral, salvo su posesión, que se realiza ante un notario[4]. En el arbitraje administrado, el centro brinda servicios a las partes y su director sustancia ciertos

1. Ley de Arbitraje y Mediación, Artículo 18, RO No. 417, 14/12/2006, Última reforma en RO (S) No. 309, 21/08/2018.
2. Ídem, Artículo 2.
3. K. Herrera, "Aspectos actuales del arbitraje comercial internacional", *Cuadernos de la maestría en Derecho*, No. 6, 2017, pp. 272 y 273.
4. Ley de Arbitraje y Mediación, N. 1, Artículo 11.

actos antes de la posesión del tribunal arbitral[5]. Es decir, si el arbitraje es *ad hoc*, la responsabilidad recaería sobre los árbitros, y sobre el notario únicamente por el acto de posesión; y, si es administrado, dependerá del acto que se busque imputar como incumplimiento, para que recaiga sobre el tribunal arbitral, el centro o su director.

A pesar de que no ha sido analizada doctrinariamente, la responsabilidad del notario está regulada expresamente en el artículo 44 de la Ley Notarial que manda: "[l]a infracción de los ordinales 3 y 4 del Art. 20 determina la nulidad de la escritura y el notario será destituido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales a que hubiere lugar"[6]. Por lo que, si un laudo emitido en el marco de un arbitraje *ad hoc* es anulado por violación de ley en la posesión del tribunal arbitral[7], existiría responsabilidad del notario. Hecha esta precisión, se expondrán los aportes doctrinarios sobre la responsabilidad de los árbitros, los centros de arbitraje y sus directores que se han realizado en el Ecuador.

En primer lugar, el artículo 18 de la LAM prevé que los árbitros serán responsables en términos generales, por cualquier acción u omisión. Este manda:

> [a]ceptado por los árbitros el cargo de tales, éstos tienen la obligación irrestricta de cumplir las funciones que la presente Ley les asigna, *debiendo responder a las partes, en caso de incumplimiento de sus funciones por los daños y perjuicios que su acción u omisión les causare*, a menos que se trate de un impedimento justificado […] (énfasis añadido)[8].

En otras palabras, la norma prevé que: **(i)** los árbitros deben cumplir las obligaciones que les asigna la ley; **(ii)** en caso de

5. Ídem, Artículos 10, 11, 15 y 17.
6. Ley Notarial contenida en el Decreto Supremo 1404, Artículo 44, RO No. 158, 11/11/1966, Última reforma en RO (S) No. 517, 26/06/2019.
7. Ley de Arbitraje y Mediación, N. 1, Artículo 31(e).
8. Ídem, Artículo 18.

incumplimiento son responsables; **(iii)** por acción u omisión; **(iv)** salvo impedimento justificado. Sin embargo, dado que el artículo 7 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ) prevé que "los árbitros ejercen potestades jurisdiccionales"[9], lo que podría no ser claro es si el mencionado artículo de la LAM ratifica que los árbitros tienen la posición de jueces en el Ecuador, y responden como tales; o, si a pesar de tener potestades jurisdiccionales, responden como un contratista al que se le ha encargado hacer algo, en este caso: dirigir un proceso arbitral y emitir un laudo. De tomarse la primera tesis la responsabilidad civil sería de carácter extracontractual; y, con la segunda, sería de carácter contractual[10].

Esta disyuntiva es especialmente importante al comparar los sistemas jurídicos anglosajón y de derecho continental. En el *common law* se prevé que los árbitros son semejantes a los jueces y tienen inmunidad en la mayoría de los casos, por lo que son responsables en escenarios limitados[11]. En el *civil law* se suele afirmar que los árbitros no son jueces, por lo que su responsabilidad se basa en el régimen general, y no se limita a escenarios en los que no tengan inmunidad[12]. En el caso ecuatoriano, los jueces no tienen inmunidad y son responsables por sus fallos[13], y lo mismo pasa con los árbitros[14], por lo que este dilema perdería utilidad práctica. Sin embargo, existen otros escenarios en los que es importante determinar si la responsabilidad civil de los árbitros y directores de centros de arbitraje es contractual o extracontractual. Es decir, si son o no semejantes a los jueces. Por ejemplo: **(i)** el plazo de

9. Código Orgánico de la Función Judicial, Artículo 7, RO (S) No. 544, 09/03/2009, Última reforma en Resolución No. 35 de la Corte Constitucional de Justicia, 30/06/2020.
10. J. Jaramillo, "La responsabilidad civil de los árbitros en el Ecuador: hacia la regulación de un ámbito no explorado", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje,* No. 8, 2016, pp. 323-328.
11. S. Maynard, "The Current State of Arbitrator Ethics and Party Recourse Against Grievances", *Arbitration Law Review,* Vol. 8, 2016, p. 208.
12. J. Jaramillo, N. 10, p. 332.
13. Constitución de la República del Ecuador, Artículo 11(9) RO No. 449, Última reforma en RO(S) No. 40, 12/03/2020.
14. Ley de Arbitraje y Mediación, N. 1, Artículo 18.

prescripción de la acción y **(ii)** la graduación de la culpa, que se desarrollará en la siguiente sección.

El profesor Jaramillo Troya, en su artículo "La responsabilidad civil de los árbitros en el Ecuador: hacia la regulación de un ámbito no explorado", publicado en la Revista Ecuatoriana de Arbitraje No. 8, afirmó que la responsabilidad de los árbitros es de carácter contractual y que estos no pueden ser asemejados a los jueces. Expresamente dice:

> […] a diferencia de los jueces los árbitros no tienen la facultad intrínseca de *imperium* para mediante el uso de la fuerza ejecutar sus decisiones, y, […] los jueces no reciben un estipendio como honorario profesional por la prestación del servicio en cada caso específico pagado por las partes, ni pueden negociarlo[15].

En relación a la responsabilidad del tribunal arbitral, afirma que a pesar de que los árbitros ejercen potestades jurisdiccionales con base en la ley, estas nacen de manera primigenia de la voluntad de las partes de designarles, a través de un contrato llamado *receptum arbitri*. Este, es un "contrato bilateral y atípico celebrado entre las partes litigiosas –como una sola parte– y el árbitro"[16], que se perfecciona cuando este último acepta la designación de las partes para conformar el tribunal arbitral[17], y que, en palabras del profesor Jaramillo Troya: "contiene una obligación de resultado por parte de los árbitros de proferir un laudo válido y ejecutable salvo en casos excepcionales en los que, por existir un "tribunal truncado", el cumplimiento de dicha obligación sea eximido"[18].

El *receptum arbitri* tendrá las obligaciones nacidas tanto de la ley como de la cláusula arbitral suscrita entre las partes, con

15. J. Jaramillo, N. 10, p. 332.
16. Ibídem, p. 324.
17. Ibídem, p. 326.
18. Ibídem, p. 325.

base en el efecto integrador de los contratos[19], previsto en el artículo 1562 del Código Civil. Este manda: "[l]os contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella"[20]. Asimismo, el referido autor sostiene que los árbitros son responsables por culpa leve, conforme las reglas generales del Derecho Civil, por no existir norma especial al respecto[21].

Por otro lado, cabe destacar que el profesor Jaramillo Troya ratifica que en el Ecuador no podría existir inmunidad de los árbitros, aun cuando las partes lo pacten en la cláusula arbitral, pues el Código Civil prohíbe la condonación del dolo futuro[22]. De forma directa, su artículo 1481 manda: "[…] La condonación del dolo futuro no vale"[23].

Por las razones expuestas, afirma que la responsabilidad civil de los árbitros es de carácter contractual, con base en la teoría mixta sobre sus atribuciones. Pero, acepta que "el ordenamiento jurídico ecuatoriano no regula de manera expresa la responsabilidad de los árbitros por sus actos y omisiones durante el proceso arbitral"[24]; por lo que recomienda que esta "[…] sea expresamente regulada en un cuerpo normativo que establezca, de ser el caso, un estándar más estricto de culpabilidad y las particularidades aplicables a la relación jurídica entre los árbitros y las partes litigiosas"[25].

En apoyo a la tesis de la responsabilidad contractual de los árbitros, el profesor Coronel Jones la incorporó en una

19. Ibídem, p. 326-328.
20. Codificación del Código Civil, RO (S) No. 46, 24/06/2005, Última reforma en RO(S) No. 96, 08/07/2019.
21. J. Jaramillo, N. 10, p. 342.
22. Ibídem, p. 333.
23. Codificación del Código Civil, N. 20, Artículo 1481.
24. J. Jaramillo, N. 10, p. 338.
25. Ibídem, p. 345.

propuesta de nueva ley de arbitraje, que fue publicada en su trabajo titulado: "Presente y Futuro del Arbitraje Comercial en el Ecuador: Hacia una nueva ley", en la Revista Ecuatoriana de Arbitraje No. 2. Su artículo 32 dice: "[…] RESPONSABILIDAD. - La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir el encargo, incurriendo si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por dolo o culpa inexcusable"[26].

En el aporte del profesor Coronel Jones: **(i)** se ratificó que, como actualmente manda el artículo 18 de la LAM, los árbitros tienen responsabilidad por el incumplimiento de su encargo; **(ii)** se incluyó en la norma a los centros de arbitraje; y, **(iii)** se aumentó la graduación de la culpa, para que la responsabilidad sea imputable únicamente por dolo o culpa grave. Esta propuesta, aunque ilustrativa, no se discute en la Asamblea Nacional como una posible reforma a la LAM.

En segundo lugar, el aporte en materia de responsabilidad de los centros de arbitraje administrado y de sus directores fue realizado por Ordóñez Rivera, en su artículo titulado: "Responsabilidad de los centros de arbitraje en Ecuador", que fue publicado en la Revista Ecuatoriana de Arbitraje No. 9[27]. En este, prevé tratamientos distintos para la responsabilidad del centro de arbitraje administrado, que sería contractual, y para la de su director, que sería extracontractual.

Respecto a la responsabilidad del centro de arbitraje, afirma que esta nace de un contrato llamado de "Administración de Arbitraje"[28]. En este, el consentimiento se perfecciona por la oferta pública del centro de administrar el arbitraje; y, la aceptación de los suscriptores del convenio arbitral, cuando se

26. C. Coronel Jones, "Presente y Futuro del Arbitraje Comercial en el Ecuador: Hacia una nueva ley", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 2, 2010, p. 417.
27. N. Ordóñez, "Responsabilidad de los centros de arbitraje en el Ecuador", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 9, 2018, pp. 323-345.
28. Ibídem, p. 324.

presenta la demanda[29]. Lo define como un contrato bilateral: "en virtud del cual dos o más partes se obligan a acudir a determinada institución arbitral para la administración de su arbitraje"[30], y esta a su vez se obliga a administrarlo, a cambio del pago de un precio[31]. En consecuencia, el incumplimiento a las obligaciones del centro sería imputado con base en las normas generales de la responsabilidad contractual.

Así como el profesor Jaramillo Troya con el *receptum arbitri*, Ordóñez Rivera afirma que las cláusulas de exclusión de responsabilidad que tenga el centro en su reglamento, que forma parte de la oferta pública de administrar el arbitraje, no incluyen al dolo ni a la culpa grave, por la prohibición legal de condonar el dolo futuro[32]. Lo que sí permiten es la indemnidad por el hecho de terceros en el proceso arbitral, sean estos árbitros, mediadores, secretarios, peritos, entre otros; como sucede con los reglamentos del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil, el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana, y el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito[33].

Respecto a la responsabilidad del director del centro, dice que sus actuaciones tienen el carácter de jurisdiccionales, por lo que son imputables bajo el régimen de responsabilidad extracontractual, apoyando la teoría de que los árbitros y directores de los centros son homologables en facultades a los jueces en la justicia ordinaria. En otras palabras, su postura es que el "arbitraje está siendo asimilado a la administración de justicia que realiza la Función Judicial"[34], pues el COFJ lo califica en su artículo 17 como un servicio público[35].

29. Ibídem, p. 327.
30. Ibídem, p. 325.
31. Ibídem, p. 328 y 329.
32. Ibídem, p. 332.
33. Ibídem, p. 330 y 331.
34. Ibídem, p. 333.
35. Código Orgánico de la Función Judicial, N. 9, Artículo 17.

La autora afirma que los actos imputables al director del centro son: "la calificación de la demanda, la citación, la resolución de la recusación y las notificaciones de actuaciones procesales durante la etapa pre arbitral"[36]. Estos son de carácter jurisdiccional por cuatro razones: **(i)** son actos que sustancia el tribunal arbitral en el arbitraje *ad hoc*; **(ii)** también son actos que normalmente realizan los jueces; **(iii)** tienen incidencia directa en el arbitraje; y, **(iv)** su ausencia o nulidad podrían anular el proceso arbitral, como sucede con la citación de la demanda[37].

Así, la postura de Ordóñez Rivera es que el director del centro, y aunque no lo dice se entendería que también los árbitros, tienen los mismos escenarios de responsabilidad que los jueces. Estos son: **(i)** retardo injustificado en sus actuaciones, **(ii)** negligencia, **(iii)** denegación de justicia y **(iv)** quebrantamiento de ley[38].

En suma, existen posiciones contrarias respecto a cuál es la naturaleza de las funciones de los árbitros y de los directores de los centros de arbitraje en el Ecuador, lo que implica apreciaciones diferentes de cómo debería regularse su responsabilidad. De todos modos, lo que queda claro es que se podría imputar responsabilidad por incumplimientos en la sustanciación de un proceso arbitral a los árbitros, al notario únicamente por el acto de posesión del tribunal arbitral, al centro de arbitraje administrado y a su director.

36. N. Ordóñez, N. 27, p. 338.
37. Ibídem, p. 336-338.
38. Ibídem, p. 341-344.

3. Consideraciones para una posible reforma a la LAM que prevea un régimen de responsabilidad civil para los árbitros, centros de arbitraje y sus directores

Antes de desarrollar las ideas que podrían recogerse en una reforma a la LAM en materia de responsabilidad de lo árbitros, centros de arbitraje y sus directores, cabe realizar una precisión. Lejos de volver el sistema más permisivo para los litigantes, y pernicioso para quienes resuelven y administran las controversias, lo que podría generar desincentivos para el crecimiento del arbitraje en el Ecuador, una posible reforma a la LAM permitirá unificar las posturas que se analizaron en la sección anterior y darles un alcance previsible. Es decir, fortalecer la seguridad jurídica.

Los árbitros ya son civilmente responsables por sus actuaciones, con base en el actual artículo 18 de la LAM. Lo mismo sucede con los centros, por el régimen general, y con los directores y notarios, por las normas sobre el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Sin embargo, lo que es incierto es el alcance y la aplicación de dichas normas en el arbitraje, que tiene características propias.

Entonces, ¿qué utilidad tiene reformar la LAM para regular una responsabilidad que ya existe? La respuesta es eliminar la especulación sobre su alcance, con reglas claras sobre su aplicación y creadas con especial atención de las características propias del arbitraje.

Una posible reforma a la LAM debería abordar tres temas principales: la naturaleza de las atribuciones de los árbitros y de los directores de los centros de arbitraje administrado **[3.1]**; la tipificación de los deberes de los árbitros y directores en el marco de un proceso arbitral **[3.2]**; y, la graduación de la culpa en caso de incumplimiento y otros requisitos especiales

que requiere el sistema arbitral para la imputación de responsabilidad civil **[3.3]**.

3.1. Aceptación de la tesis mixta sobre la naturaleza del arbitraje

La naturaleza de las atribuciones de los árbitros y de los directores de los centros de arbitraje corresponderá a la teoría que se adopte. Existen cuatro. **(i)** La teoría jurisdiccional, en virtud de la cual los árbitros son equiparables a los jueces y su potestad nace de la ley. **(ii)** La teoría contractual, que afirma que el *receptum arbitri* es origen de las potestades del tribunal arbitral. **(iii)** La teoría ecléctica o mixta, que analiza la problemática en dos momentos: en el primero, acepta que la facultad primigenia de laudar nace en el *receptum arbitri*; y, en el segundo, que empieza con la investidura de los árbitros, afirma que estos ejercen potestades jurisdiccionales conforme manda la ley. Y, **(iv)** la última teoría que rechaza las anteriores y afirma que la naturaleza del arbitraje es autónoma, por no corresponder ni por analogía a otra institución jurídica[39].

Tanto la teoría jurisdiccional como la contractual no deberían implementarse en el Ecuador, pues abordan parcialmente el fenómeno del arbitraje. Afirmar que la razón principal por la que los árbitros son responsables es por que tienen potestades jurisdiccionales previstas legalmente, sería poner en segundo plano el papel de la autonomía de la voluntad de las partes, que es el principio más importante del sistema arbitral[40]. Por otro lado, afirmar que la razón más importante por la que los árbitros tienen la potestad de laudar es el pacto de los litigantes, sería minimizar la importancia del reconocimiento que se da al arbitraje en la Constitución,

39. F. González de Cossío, "Sobre la Naturaleza Jurídica del Arbitraje, Homenaje a Don Raúl Medina Mora", de *Colección Foro de la Barra Mexicana*, Themis, México D.F., 2008, pp. 14-16.
40. J. Graham, *Lecciones de Arbitraje Internacional*, Zamanga Editores, Monterrey, 2018, p. 505.

como una excepción al principio de unidad jurisdiccional con regulación propia[41]. Quedan la teoría mixta y la autónoma.

Para regular la responsabilidad de los árbitros, directores y centros de arbitraje desde la teoría autónoma de la naturaleza del arbitraje, se necesitaría la creación de todo un régimen autocontenido. Ello debido a que, como se dijo, esta teoría afirma que el arbitraje es una institución que es única en el mundo jurídico. Por esta razón, una reforma realizada en esta línea debería ser extremadamente precisa y podría limitar sobremanera el sistema de responsabilidad que se proponga; o, por el contrario, extenderlo de forma muy general. En este sentido, no brindaría una solución ideal.

La teoría mixta sería la mejor opción. Al aceptar que la potestad de los árbitros y directores de los centros de arbitraje nace de la voluntad de las partes, plasmada tanto en el *receptum arbitri* como en el Contrato de Administración de Arbitraje, la LAM podría hacer una remisión expresa al régimen de responsabilidad civil contractual, que ya está regulado en el Código Civil. Asimismo, por la aceptación de la naturaleza jurisdiccional del arbitraje en un segundo momento, se podrían matizar las reglas de responsabilidad y ajustarlas a la realidad del sistema arbitral. Por lo tanto, una reforma a la LAM en materia de responsabilidad de los árbitros, centros de arbitraje y sus directores debería aceptar esta teoría e incorporar normas que la fortalezcan.

3.2. Determinación de los deberes de los árbitros, centros de arbitraje y sus directores

También, se deberían enumerar los deberes de los árbitros, en lugar de que exista una cláusula general de responsabilidad por cualquier acto u omisión, como sucede con el actual

41. Constitución de la República del Ecuador, N. 13, Artículo 190.

artículo 18 de la LAM. Ello debido a que, como se dijo, a pesar de que el génesis del arbitraje es la voluntad de las partes, no se puede negar que este es una excepción al principio de unidad jurisdiccional y que los árbitros resuelven controversias en ejercicio de la potestad de juzgar. Por ello, a pesar de que el régimen de responsabilidad debería ser el contractual, este requiere matices propios, que limiten y determinen las consecuencias de los incumplimientos de los árbitros y los directores de los centros, diferenciando sus obligaciones eminentemente contractuales de aquellas que devienen del ejercicio de la potestad jurisdiccional. Esto también tomando en cuenta que, excluyendo al Ecuador, "para prevenir que la parte vencida hostigue a los árbitros, no hay un sistema legal que permita la responsabilidad por cualquier error o juicio que estos puedan cometer"[42]. La regulación es necesaria.

Los deberes de los árbitros en un proceso arbitral se pueden organizar en cuatro categorías: **(i)** conducir el proceso arbitral de forma justa, independiente e imparcial; **(ii)** cumplir los plazos legales o contractuales previstos para el ejercicio de sus funciones; **(iii)** mantenerse en funciones hasta la emisión del laudo, sin poder renunciar sin una razón válida luego de haber aceptado el encargo; y, **(iv)** el deber de confidencialidad[43]. El cumplimiento de los plazos contractuales y el deber de confidencialidad son ejemplos de obligaciones impuestas contractualmente, mientras que las demás se encasillan en obligaciones legales que el árbitro debe observar en el ejercicio de sus funciones.

Como ya se mencionó, los deberes de los directores del centro, en ejercicio de la potestad jurisdiccional, son: **(i)** calificar la demanda, **(ii)** realizar la citación, **(iii)** resolver la

42. Traducción libre. A. Cevc, "Civil Liability of Arbitrators", en D. Duić, *EU and Comparative Law Issues Challenges Series (Ecic C): International Scientific Conference of EU and Member States Legal and Economic Issues*, Facultad de Derecho, Josip Juraj Strossmayer de la Universidad de Osijek, 2019, p. 409.
43. Traducción libre. Ibídem, p. 413.

recusación y **(iv)** notificar las actuaciones procesales en la etapa pre arbitral[44].

En materia de responsabilidad de los centros de arbitraje no se requeriría realizar matices de sus responsabilidades ni tipificarlas, pues no ejercen potestades jurisdiccionales, pero una opción podría ser unificar su régimen de responsabilidad con el del director del centro, para que exista responsabilidad solidaria, toda vez que este es un funcionario de dicha institución.

3.3. Graduación de la culpa y otros requisitos para la imputación de responsabilidad

El efecto práctico de tipificar las responsabilidades de árbitros y directores sería la graduación de la culpa para adjudicarles responsabilidad, diferenciando cuáles de sus obligaciones son eminentemente contractuales y cuáles derivan del ejercicio de la potestad de juzgar. Ello para que el incumplimiento de las obligaciones que se ejecutan con la potestad jurisdiccional requiera un estándar más alto que las demás y, en consecuencia, sea más difícil declarar responsabilidad por su quebrantamiento.

Para que exista responsabilidad civil contractual deben cumplirse los siguientes requisitos: **(i)** la existencia de un contrato válido; **(ii)** el incumplimiento; **(iii)** la culpa o dolo del deudor; **(iv)** el daño; y, **(v)** el nexo causal[45]. La culpa es el elemento subjetivo de la responsabilidad civil y se refiere al descuido del deudor en el acto u omisión por el que se causa el incumplimiento. Esta tiene tres niveles: la culpa grave, leve y levísima; y, junto con el dolo, está regulada en el artículo 29 del Código Civil, que manda:

44. N. Ordóñez, N. 27, p. 338.
45. L. Díez Picazo & A. Gullón, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II, Editorial Tecnos, Madrid, 2012, p. 227.

> Culpa grave, […] es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa, en materias civiles, equivale al dolo.
> Culpa leve, […] es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. […]
> Culpa o descuido levísimo, es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. […]
> El dolo consiste en la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro[46].

Cada nivel de culpa tiene un estándar probatorio distinto. La culpa levísima está implícita en el hecho del incumplimiento, por ser la falta de la esmerada diligencia. Por otro lado, la culpa leve requiere la prueba de un descuido medio. Finalmente, la culpa lata y el dolo demandan probar la intención del acreedor de causarle daño al deudor, o la ausencia de cualquier grado de diligencia en sus actuaciones.

Para el régimen de responsabilidad de árbitros y directores de los centros de arbitraje, lo razonable sería que se les impute responsabilidad únicamente por culpa grave o dolo, ante el incumplimiento de las obligaciones que implican el uso de sus potestades jurisdiccionales[47]. En esos casos, como sucede en el Derecho anglosajón[48], el tribunal arbitral sería responsable, por ejemplo, por la nulidad de un laudo arbitral, si hubiera incumplido de manera dolosa o especialmente negligente su deber de emitir un laudo válido y ejecutable; mas no por cualquier omisión dentro del proceso arbitral que llegue a anular el laudo. Asimismo, los árbitros serían responsables por el daño causado a la parte vencida en el arbitraje, si el laudo hubiese sido emitido con fraude o colusión, a pesar

46. Codificación del Código Civil, N. 20, Artículo 29.
47. A. Cevc, N. 42, p. 417.
48. Ibídem, p. 411.

de que en un escenario normal el tribunal arbitral no está obligado a laudar de cierta manera, pues el resultado de la controversia es incierto[49]. Este mismo estándar sería aplicable para los directores de los centros de arbitraje.

Por otro lado, para las obligaciones de los árbitros y directores que no impliquen el uso de sus potestades jurisdiccionales, el incumplimiento debería imputarse por culpa leve. Este tipo de obligaciones requieren la diligencia de un contratante medio, conforme a las reglas del régimen general, al no implicar el uso de una potestad pública. Por ejemplo, el deber de confidencialidad no requiere el revestimiento de la culpa grave. Caso contrario, los árbitros, el centro y su director solo serían responsables por incumplirlo, en caso de que exista dolo o abierta negligencia, a pesar de haber causado un daño. Lo razonable es que la negligencia común sea suficiente para demandar el incumplimiento de las obligaciones eminentemente contractuales.

Como un requisito especial, para que exista responsabilidad del tribunal arbitral por el incumplimiento de sus obligaciones de carácter jurisdiccional, primero se requeriría de una sentencia que declare que el laudo tiene la falencia que se le busca imputar a los árbitros como un incumplimiento. Ello debido a que, en caso de que el laudo se mantenga incólume, este tiene el efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada, por mandato del artículo 32 de la LAM, por lo que se presume válido, legítimo y de cumplimiento forzoso[50]. Es decir, se presume también que el tribunal arbitral cumplió sus obligaciones.

En este punto, existe un matiz respecto al incumplimiento del plazo legal que tiene el tribunal arbitral para dictar el laudo, que es de hasta trescientos días contados desde la audiencia

49. Ibídem, p. 414.
50. Ley de Arbitraje y Mediación, N. 1, Artículo 32.

de sustanciación del arbitraje[51], en la que este declara sobre su propia competencia[52]. El laudo emitido en este escenario, que se califica como extemporáneo[53], no forma parte de las causales de nulidad del laudo arbitral, previstas en el artículo 31 de la LAM[54], tal y como sucede de manera expresa en la legislación española[55]. La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dijo en sentencia de 19 de julio de 2019 que su legislador "no solo contempla la posibilidad de pacto de prórroga, sino que excluye la nulidad del laudo si el plazo máximo fuere excedido"[56]. Por lo tanto, esta obligación de carácter jurisdiccional no afectaría la validez del laudo arbitral y no podría impugnarse por la vía de nulidad.

La impugnación por la vía constitucional requeriría un análisis de cada caso, pues la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha aceptado que existen escenarios en los que la demora en el juzgamiento es una violación del debido proceso en sí misma. Sin embargo, la regla general es que esta no implica la violación del referido derecho[57]. Por lo mismo, se mantendría la presunción de que la obligación fue cumplida una vez emitido el laudo extemporáneo y no se podría imputar responsabilidad civil a los árbitros por la demora.

Para imputar responsabilidad civil al tribunal arbitral en este caso, se requeriría que las partes recusen a los árbitros luego de fenecido el plazo para emitir el laudo. Ello debido a que la recusación es el efecto previsto en el ordenamiento

51. Ídem, Artículo 25.
52. Ídem, Artículo 22.
53. E. Campo Villegas, "Prejudicialidad penal: a propósito del laudo del Tribunal Arbitral de Barcelona de 1 de junio de 2012", *Anuario de Justicia Alternativa*, No. 12, España, Bosch Editor, 2012, p. 80.
54. Ley de Arbitraje y Mediación, N. 1, Artículo 31.
55. Ley 60/2003 del Reino de España, Artículo 37(2), BOE-A-2003-23646, 23/12/2003, Última modificación en 06/10/2015.
56. Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, *Juan Francisco Rodríguez c. María José Rodríguez Teijerio*, Sentencia No. 27/2019, 19/07/2019.
57. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de las Masacres de Ituango c. Colombia,* Sentencia en Serie C No. 148, 01/07/2006.

jurídico ecuatoriano en caso de demora del tribunal en dictar su resolución.

El artículo 21 de la LAM manda que las causales de recusación de los árbitros son: "las previstas en el Código de Procedimiento Civil para los jueces"[58]. A su vez, la disposición reformatoria primera del Código Orgánico General de Procesos (COGEP) ordena que "[e]n todas las disposiciones legales o reglamentarias vigentes, sustitúyase en lo que diga: […] "Código de Procedimiento Civil" […] por "Código Orgánico General de Procesos"[59]. En este sentido, para recusar a los árbitros se deben aplicar las normas del COGEP. Su artículo 22 prescribe: "[s]on causas de excusa o recusación de la o el juzgador: […] 5. Retardar de manera injustificada el despacho de los asuntos sometidos a su competencia. Si se trata de la resolución, se estará a lo dispuesto en el Código Orgánico de la Función Judicial"[60]. En concordancia, el artículo 15 del COFJ prevé la responsabilidad de los jueces por retardo injustificado[61]; y, el numeral segundo del artículo 165 manda que el efecto de la aceptación de la recusación es la pérdida de competencia[62]. Aceptada la recusación del tribunal arbitral, se podría iniciar un reclamo por el daño que causó su demora.

Recusar a los árbitros es un derecho que tienen las partes. Su abstención de usarlo implicaría la condonación de la mora en el deber de emitir el laudo en el plazo previsto en la ley. Por lo mismo, y como se dijo, sin recusación no existiría incumplimiento a pesar de que el laudo sea extemporáneo.

Por otro lado, las obligaciones eminentemente contractuales de los árbitros, directores y centros de arbitraje

58. Ley de Arbitraje y Mediación, N.1, Artículo 21.
59. Código Orgánico General de Procesos, Disposición reformatoria primera, RO(S) No. 506, 22/05/2015, Última reforma en RO (S) No. 517, 26/06/2019.
60. Ídem, Artículo 22.
61. Código Orgánico de la Función Judicial, N. 9, Artículo 15.
62. Ídem, Artículo 165.

podrán demandarse sin necesidad de que se impugne el laudo arbitral.

Al cambiar el régimen en esta lid, se deberían prohibir legalmente las cláusulas de indemnidad de los centros de arbitraje, pues, a pesar de que no pueden condonar el dolo futuro, si pudieran condonar la culpa leve. Es decir, todas las obligaciones eminentemente contractuales del centro de arbitraje y su director.

Por lo expuesto, una reforma a la LAM podría considerar la teoría mixta sobre la naturaleza de las facultades de los árbitros y de los directores de los centros de arbitraje. Sus deberes deberían clasificarse y tipificarse en el texto de la ley, para graduar con culpa grave el incumplimiento de las obligaciones jurisdiccionales y con culpa leve de las contractuales. Se debería contar con una sentencia favorable de impugnación del laudo arbitral como requisito previo al reclamo por el incumplimiento de una obligación jurisdiccional del tribunal o del director del centro. Para imputar responsabilidad por la demora en la emisión del laudo, los árbitros deberían ser previamente recusados. Se deberían prohibir las cláusulas de indemnidad; y, el centro y su director deberían ser solidariamente responsables.

4. Propuesta de reforma a la LAM

Con base en lo expuesto, un posible texto de reforma al actual Art. 18 de la LAM sería:

Art. 18.- Aceptado por los árbitros el encargo como tales, se perfeccionará entre las partes y el tribunal arbitral un contrato llamado de dación y recepción de arbitraje.

La posesión de los árbitros se realizará con atención al referido contrato y, desde el acto de investidura, los árbitros

ejercerán las potestades jurisdiccionales o de juzgamiento previstas en esta Ley.

Art. 18.1.- Los deberes de los árbitros se clasifican en contractuales, como mantener la confidencialidad del proceso arbitral, y jurisdiccionales, como conducir el proceso arbitral de forma justa, independiente e imparcial, cumpliendo los plazos previstos en la ley, y emitir un laudo válido y ejecutable.

Los árbitros serán responsables civilmente por el incumplimiento de sus obligaciones. Por las obligaciones contractuales responderán por culpa leve, mientras que por las obligaciones jurisdiccionales responderán por culpa grave o lata, en los términos previstos en el Código Civil.

Para demandar el incumplimiento de una obligación jurisdiccional, a más de los requisitos para imputar responsabilidad civil, se requerirá impugnación favorable del laudo arbitral, ya sea por la vía de la acción de nulidad prevista en esta Ley, o por los demás mecanismos que fueren aplicables.

Si el tribunal arbitral incumple el plazo legal para la emisión del laudo, el requisito para demandar las respectivas indemnizaciones es que los árbitros hayan sido recusados conforme manda el Art. 21 de esta Ley.

Por su parte, las obligaciones contractuales serán exigibles desde que el tribunal arbitral esté en mora, con base en las normas del régimen general.

Art. 18.2.- La relación entre las partes y centros de arbitraje y mediación y sus directores será contractual. Esta se perfeccionará con la presentación de la demanda arbitral ante la referida institución y se regirá bajo las normas generales de los actos o contratos.

Presentada la demanda, el director del centro tendrá las siguientes obligaciones jurisdiccionales: calificar la demanda, realizar la citación, resolver la recusación y notificar las actuaciones procesales hasta la posesión del tribunal arbitral. Su incumplimiento acarreará responsabilidad en los términos previstos en esta Ley para las obligaciones jurisdiccionales de los árbitros.

En caso de incumplimiento de las obligaciones del director, el centro de arbitraje será solidariamente responsable.

El notario será responsable por el acto de posesión del tribunal arbitral en el arbitraje independiente, de la misma forma que los directores del centro de arbitraje administrado. Ello sin perjuicio de las normas especiales que le sean aplicables.

Art. 18.3.- Cualquier disposición que prevea la indemnidad de algún tipo a favor del centro de arbitraje administrado, su director o los árbitros, será nula e inejecutable. Sea que esta se encuentre en el reglamento del centro, la cláusula arbitral o en cualquier otro documento afín al proceso arbitral.

Quedan excluidas las cláusulas que prevean escenarios de responsabilidad por el hecho de un tercero.

Finalmente, una posibilidad que no se ha recogido en este trabajo, pero que podría merecer la atención del legislador en caso de reformar la LAM en materia de responsabilidad de los árbitros, centros de arbitraje y sus directores, es la de prever la obligación de contar con un seguro de responsabilidad civil para ejercer el encargo de árbitro o para el funcionamiento de los centros de arbitraje y mediación. De esta forma, se podría procurar la reparación civil con una división de infortunios que aumente un costo fijo a los arbitrajes, a cambio de la seguridad de que, en caso de declararse judicialmente la responsabilidad civil, las indemnizaciones estarán cubiertas.

4. Conclusiones

El artículo 18 de la LAM prevé la responsabilidad de los árbitros por cualquier acto u omisión. Asimismo, otras de sus disposiciones imponen deberes a los centros de arbitraje y a los directores, por las cuales son responsables. Existe una posición dividida en la doctrina ecuatoriana de si el incumplimiento de los árbitros y los directores permite imputarles responsabilidad civil contractual o extracontractual. La tesis que apoya la imputación de responsabilidad civil contractual afirma que los árbitros no pueden ser asemejados a los jueces ordinarios; mientras que la que apoya a la responsabilidad extracontractual aboga por su semejanza. Esta contraposición es importante, pues el régimen aplicable cambia dependiendo de la teoría que se acepte.

No existe un régimen especial para la responsabilidad civil de los árbitros, los centros de arbitraje y sus directores, más allá de la aceptación legal de que se les puede imputar este tipo de responsabilidad. En este sentido, una reforma a la LAM es necesaria.

En primer lugar, se debería aceptar la tesis mixta sobra la naturaleza de las atribuciones de los árbitros y los directores del centro. De este modo, se terminaría el debate de si su responsabilidad es contractual o extracontractual, prefiriéndose la contractual. Esto sin negar que los árbitros y directores ejercen potestades jurisdiccionales y, por esta misma razón, requieren reglas especiales.

En segundo lugar, se deberían enlistar las obligaciones de los árbitros y directores. Las de los árbitros se clasifican en: **(i)** conducir el arbitraje de forma justa, independiente e imparcial; **(ii)** cumplir los plazos legales o contractuales; **(iii)** mantenerse en funciones hasta la emisión del laudo; y, **(iv)** guardar la confidencialidad. Las de los directores son: **(i)** calificar la demanda, **(ii)** realizar la

citación, **(iii)** resolver la recusación y **(iv)** notificar las actuaciones procesales hasta la posesión del tribunal arbitral.

En tercer lugar, se deberían prever normas de graduación de la culpa, en las que se diferencien las obligaciones de carácter jurisdiccional del tribunal arbitral y los directores, de aquellas de carácter contractual. Para imputar responsabilidad por las obligaciones jurisdiccionales se debería probar culpa grave y para las contractuales se debería probar culpa leve.

Las obligaciones de carácter jurisdiccional deberían ser exigibles siempre que el laudo arbitral haya sido impugnado exitosamente ya sea por la vía de nulidad o por la constitucional. En el caso especial del incumplimiento del plazo legal para laudar, las partes podrían pretender indemnizaciones siempre y cuando hayan recusado al tribunal arbitral. El laudo extemporáneo será válido y condonará la mora del tribunal que no haya sido recusado.

Finalmente, se podría prever en la LAM que los árbitros y los centros de arbitraje requieran de un seguro de responsabilidad civil para ejercer sus actividades.

Análisis conceptual de posibles reformas a la Ley deArbitraje y Mediación tras más de dos décadas desde su publicación*

*Edgar Ulloa Balladares***
*Javier Jaramillo Troya****

Recibido/Received: 07/08/2020
Aceptado/Accepted: 30/09/2020

Sumario: 1. Introducción. **2.** Sobre el método de inicio del procedimiento arbitral. **2.1.** Inconvenientes. **2.2.** Análisis. **2.2.1.** Otorgamiento de potestades jurisdiccionales al director del centro de arbitraje. **2.2.2.** Vulneración del derecho a la defensa, por el corto período para contestar la demanda. **2.3.** Posibles soluciones. **2.3.1.** Procedimiento de notificación de controversia o solicitud de arbitraje. **2.3.2.** Extensión del término para la contestación de la demanda. **2.3.3.** Eliminación de plazos para la contestación a la demanda y reconvención de la LAM. **3.** Sobre las solemnidades exigidas para el convenio arbitral. **3.1.** Inconvenientes. **3.2.** Posibles soluciones. **4.** Sobre la noción de materia arbitrable contenida en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. **4.1.** Inconvenientes de la noción de transigibilidad en lo privado. **4.1.1.** Po-

---

* Los autores agradecen a María Emilia Flores Suasnavas por su invaluable trabajo y ayuda para la elaboración de este artículo.

** Socio en Pérez Bustamante & Ponce. Árbitro CAM-USFQ. Secretario Arbitral CAM-CCQ. Profesor de Introducción al Derecho, Análisis Jurídico y Obligaciones en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Postgrado en Derecho Procesal por la Universidad Andina Simón Bolívar.

*** Asociado Senior en Pérez Bustamante & Ponce. Secretario Arbitral CAM-CCQ, AMCHAM CAM y CIAM. Profesor de Arbitraje, Derecho de Daños y Litigación Oral en la Universidad San Francisco de Quito. Abogado por la Universidad San Francisco de Quito. Máster en Derecho por la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard.

E. Ulloa Balladares & J. Jaramillo Troya, "Análisis conceptual de posibles reformas a la Ley de Arbitraje y Mediación tras más de dos décadas desde su publicación", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 11, 2020, pp. 161-213.

ISSN: 2600-5611 / e-ISSN: 2600-562X
DOI: 10.36649/rea1107

sibles soluciones sobre la noción de arbitrabilidad en lo privado. **4.2.** Inconvenientes de la noción de transigibilidad en lo público. **4.2.1.** Posibles soluciones sobre la noción de arbitrabilidad en lo público. **5.** Sobre la rigidez del procedimiento arbitral en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. **5.1.** Inconvenientes. **5.2.** Posible solución. **6.** Sobre la inadecuación del sistema de causales de recusación de los árbitros previstas en la LAM. **6.1.** Inconvenientes. **6.2.** Posibles soluciones. **7.** Sobre la justicia cautelar. **7.1.** Inconvenientes. **7.2.** Posible solución. **8.** Sobre la incompetencia y falta de motivación como causales de nulidad y el efecto de la nulidad del laudo arbitral. **8.1.** Inconvenientes. **8.2.** Posibles soluciones. **9.** Conclusiones.

Resumen: Tras casi veinte años de vigencia de la Ley de Arbitraje y Mediación, en el presente trabajo se analizan los principales problemas del arbitraje tal como ha sido regulado en el Ecuador. En cada sección, los autores se enfocan en demostrar cómo el entendimiento del arbitraje dentro del ordenamiento ecuatoriano desconoce las características propias de la evolución de esta institución. Así, el artículo contiene una crítica del procedimiento arbitral ecuatoriano, pasando por su método de inicio, las solemnidades del convenio arbitral, la noción de materia arbitrable, la rigidez del proceso, las causales de recusación de los árbitros, la justicia cautelar y las causales de nulidad de laudo. Frente a cada problema, se plantea una o varias propuestas de reforma tendientes a un verdadero reconocimiento del arbitraje como un método alternativo de solución de conflictos con autonomía y vida propia, cada vez más apartado de la rigidez que caracteriza al procedimiento judicial.

Palabras Clave: reformas, procedimiento arbitral, Ley de Arbitraje y Mediación, convenio arbitral, arbitrabilidad, recusación, nulidad.

Conceptual analysis of possible reforms to the Arbitration and Mediation Law after more than two decades since its publication

Abstract: After almost twenty years of the Arbitration and Mediation Law's promulgation, the present work analyzes the main issues of arbitration as it has been regulated in Ecuador. In each section, the authors focus on demonstrating how the arbitration understanding within the Ecuadorian legal system disavows this institution's evolution and features. Thus, the article contains a critique of the Ecuadorian arbitration procedure, including its starting method, the formalities of the arbitration agreement, the notion of arbitrability, the procedure rigidity, the grounds for arbitrators' disqualification, precautionary measures, and the award annulment grounds. For each issue, the authors provide one or several proposals for a reform tending to a true recognition of arbitration as an autonomous alternative dispute resolution method, different from the rigid judicial procedure.

Keywords: reform, arbitration procedure, Ley de Arbitraje y Mediación, arbitration agreement, arbitrability, disqualification, annulment.

1. Introducción

La Ley de Arbitraje y Mediación (en adelante, LAM), vigente desde el año 1997 con modificaciones en el año 2006, tuvo como base la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Comercio Mercantil Internacional (en adelante, Ley Modelo CNUDMI).

Después de más de 20 años de su promulgación, la LAM no ha sido revisada desde una perspectiva conceptual y ha permanecido estancada frente a los cambios y constante

evolución de las instituciones arbitrales, los principios generales del arbitraje y los cambios tecnológicos en el tráfico comercial. Esto implica, desde nuestro criterio, un sinnúmero de complicaciones que principalmente se generan por el modelo ritualista y judicialista –por referencia a la ley procesal ordinaria– que contiene la LAM.

Entre estas complicaciones se encuentran: **(i)** el método de inicio del procedimiento arbitral; **(ii)** las solemnidades exigidas para el convenio arbitral; **(iii)** la noción de materia arbitrable; **(iv)** la rigidez del procedimiento y referencia a la norma procesal ordinaria; **(v)** la inadecuación de las causales de recusación de los árbitros; **(vi)** la justicia cautelar, y; **(vii)** el régimen de nulidades.

En el presente trabajo, estos problemas serán analizados y realizaremos ciertas propuestas conceptuales de reforma que, consideramos, pueden ayudar a mejorar el sistema.

2. Sobre el método de inicio del procedimiento arbitral

Actualmente, el procedimiento arbitral en Ecuador inicia con la presentación de la demanda ante el director del centro de arbitraje o los árbitros independientes designados conforme al acuerdo de las partes.

Según el artículo 10 de la LAM, la demanda debe contener:

1. La designación del centro o del árbitro ante quien se la propone.
2. La identificación del actor y la del demandado.
3. Los fundamentos de hecho y de derecho, expuestos con claridad y precisión.
4. La cosa, cantidad o hecho que se exige.
5. La determinación de la cuantía.
6. La designación del lugar en que debe citarse al demandado,y la del lugar donde debe notificarse al actor.

> 7. Los demás requisitos que la ley exija para cada caso.
> Se deberán, además, cumplir los requisitos señalados en el artículo 68 del Código de Procedimiento Civil. A la demanda se acompañará necesariamente el instrumento en que conste el respectivo convenio arbitral o copia auténtica de éste.
> Adicionalmente, se adjuntarán las pruebas y se solicitará la práctica de las diligencias probatorias que justifiquen lo aducido en la demanda[1].

Posteriormente, la demanda debe ser calificada y emplazada al demandado por el director del centro de arbitraje (en el caso del arbitraje administrado) quien, en este caso, ejerce potestades jurisdiccionales; o por los árbitros independientes (en el caso del arbitraje *ad-hoc*)[2]. Además, según la LAM, el demandado tiene apenas diez días para contestar la demanda, reconvenir, adjuntar y anunciar pruebas[3].

2.1. Inconvenientes

La postura adoptada por la LAM respecto al método de inicio del procedimiento arbitral presenta algunos inconvenientes: **(i)** otorgamiento de potestades jurisdiccionales al director del centro de arbitraje que deberían corresponder al tribunal arbitral, y; **(ii)** la posible vulneración del derecho a la defensa del demandado debido al corto período para la contestación, presentación de pruebas y reconvención previsto en la LAM.

2.2. Análisis

Como ya indicamos, vamos a dividir este análisis en dos cuestiones fundamentales:

1. Ley de Arbitraje y Mediación, Artículo 10, RO No. 417, 14/12/2006.
2. Ídem, Artículo 11.
3. Ídem, Artículos 11 y 12.

2.2.1. Otorgamiento de potestades jurisdiccionales al director del centro de arbitraje

La jurisdicción es un poder de administrar justicia que únicamente puede ser ejercido por las personas designadas por la ley[4]. El procedimiento arbitral se compone de una etapa prearbitral y una arbitral propiamente dicha.

La etapa prearbitral, en el arbitraje administrado, es "conducida por los directores de los centros de arbitraje, [quienes ejercen funciones como] la admisión o rechazo de la [demanda arbitral], [y] el traslado y la contestación de la demanda arbitral"[5]. En el caso del arbitraje *ad-hoc*, estas funciones son ejercidas por el mismo tribunal arbitral al momento de constituirse[6].

Según el cuarto inciso del artículo 7 del Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante, COFJ)[7], "[l]os árbitros ejercerán funciones jurisdiccionales, de conformidad con la Constitución y la ley"[8]. Ciertamente, este cuerpo normativo otorga facultades jurisdiccionales exclusivamente a los árbitros, dejando de lado a los directores de los centros, lo que, desde ya, muestra las complicaciones en torno a las disposiciones que a este respecto establece la LAM como es el caso de la posible responsabilidad civil[9] e incluso

---

4. N. Ordóñez Rivera, "Responsabilidad de los Centros de Arbitraje en Ecuador", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 9, 2017.
5. Corte Constitucional de la República de Colombia, Sentencia SU-600, 18/08/1999, fundamento 6, en N. Ordóñez Rivera, N. 4.
6. N. Ordóñez Rivera, N. 4.
7. Cabe anotar que, desde nuestra perspectiva, el arbitraje no debería estar regulado por un cuerpo normativo que regula a la Función Judicial, justamente por su independencia conceptual como método "alternativo" de resolución de disputas.
8. Código Orgánico de la Función Judicial, Artículo 7, RO(S) No. 544, 09/03/2009.
9. El artículo 18 de la LAM establece, de manera preliminar la responsabilidad civil de los árbitros. Ley de Arbitraje y Mediación, N. 1, Artículo 18.
   "Art. 18.- Aceptado por los árbitros el cargo de tales, éstos tienen la obligación irrestricta de cumplir las funciones que la presente Ley les asigna, debiendo responder a las partes, en caso de incumplimiento de sus funciones por los daños y perjuicios que su acción u omisión les causare, a menos que se trate de un impedimento justificado".

penal[10] que podrían tener los directores de los centros en el ejercicio de estas funciones jurisdiccionales.

La relevancia de esto radica en que "las decisiones que se toman en la fase prearbitral tienen una vinculación directa con el arbitraje"[11] y "tienen consecuencias importantes en el acceso a la justicia arbitral, pues corresponde al director del centro de arbitramiento, entre otras cosas, decidir sobre la admisibilidad de la solicitud de convocatoria del tribunal de arbitramiento, [lo cual] puede implicar limitaciones al acceso a la administración de justicia"[12], facultad que, a nuestro criterio, únicamente debería reconocerse a aquellos llamados a administrar justicia en virtud de la ley y/o el convenio arbitral.

2.2.2. Vulneración del derecho a la defensa, por el corto período para contestar la demanda

El problema más importante del método de inicio del procedimiento arbitral según la LAM es, sin duda, la insuficiencia del término de diez días otorgado al demandado para presentar sus excepciones en la contestación de la demanda, recopilar pruebas que sustenten dichas excepciones, e incluso para reconvenir en caso de considerarse oportuno.

Al respecto, es necesario hacer énfasis en la garantía del debido proceso que reconoce el derecho a la defensa en el

---

Para un análisis más detallado de esta institución revisar J. Jaramillo Troya, "La responsabilidad civil de los árbitros en el Ecuador: hacia la regulación de un ámbito no explorado", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 10, 2018.

10. El Código Orgánico Integral Penal establece a los árbitros como posibles sujetos activos del delito de prevaricato. Código Orgánico Integral Penal, Artículo 268, RO(S) No. 180, 10/02/2014. "Art. 268.- Prevaricato de las o los jueces o árbitros.- Las o los miembros de la carrera judicial jurisdiccional; las o los árbitros en derecho que fallen contra ley expresa, en perjuicio de una de las partes; procedan contra ley expresa, haciendo lo que prohíbe o dejando de hacer lo que manda, en la sustanciación de las causas o conozcan causas en las que patrocinaron a una de las partes como abogadas o abogados, procuradoras o procuradores, serán sancionados con pena privativa de libertad de tres a cinco años. Se impondrá además la inhabilitación para el ejercicio de la profesión u oficio por seis meses".
11. Corte Constitucional de la República de Colombia, No. 61, Fundamento 18, en N. Ordóñez Rivera, N. 4.
12. Ibídem.

numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante, CRE). Según esta norma, el derecho a la defensa incluye el poder "contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de [la] defensa"[13]. Sin embargo, la disposición contenida en el artículo 11 de la LAM genera una potencial vulneración de este derecho de los demandados quienes, en casos de alta complejidad, podrían no tener suficiente tiempo y oportunidad para plantear sus argumentos de hecho y de derecho y recopilar todos los instrumentos probatorios documentales necesarios, dado el corto plazo de diez días establecido en la LAM.

2.3. Posibles soluciones

Frente a los problemas planteados, vemos estas alternativas de solución, a saber: **(i)** la instauración de la notificación o solicitud de arbitraje como forma de inicio del proceso arbitral; **(ii)** la extensión del término para la contestación de la demanda; o, **(iii)** la eliminación de plazos para contestación y reconvención de la LAM y remisión a reglamentos de arbitraje. A continuación, las tres propuestas serán revisadas.

2.3.1. Procedimiento de notificación de controversia o solicitud de arbitraje

En legislaciones distintas a la ecuatoriana, el arbitraje no inicia con la demanda, sino con una notificación de arbitraje o un requerimiento de someter la controversia a arbitraje. Así lo ha regulado la Ley Modelo CNUDMI:

> Artículo 21. Iniciación de las actuaciones arbitrales.
>
> Salvo que las partes hayan convenido otra cosa, las actuaciones arbitrales respecto de una determinada controversia se iniciarán en la fecha en que el demandado

13. Constitución de la República del Ecuador, Artículo 76, RO No. 449, 20/10/2008.

haya recibido el requerimiento de someter esa controversia a arbitraje[14].

Asimismo, el Reglamento de Arbitraje CNUDMI ha establecido, en su artículo 3:

> 3. La notificación del arbitraje contendrá la siguiente información:
> a) Una petición de que el litigio se someta a arbitraje;
> b) El nombre y los datos de contacto de las partes;
> c) Una especificación del acuerdo de arbitraje que se invoca;
> d) Una especificación de todo contrato u otro instrumento jurídico que haya suscitado o al que se refiera el litigio o, a falta de ese contrato o de otro instrumento jurídico, una breve descripción de la relación controvertida;
> e) Una breve descripción de la controversia y, si procede, una indicación de la suma reclamada;
> f) La materia u objeto que se demandan;
> g) Una propuesta acerca del número de árbitros, el idioma y el lugar del arbitraje, cuando las partes no hayan convenido antes en ello.
> 4. La notificación del arbitraje podrá contener asimismo:
> a) Una propuesta relativa al nombramiento de la autoridad nominadora conforme a lo previsto en el párrafo 1 del artículo 6;
> b) Una propuesta relativa al nombramiento del árbitro único conforme a lo previsto en el párrafo 1 del artículo 8;
> c) La notificación relativa al nombramiento de un árbitro conforme a lo previsto en el artículo 9 o en el artículo 10[15].

Como puede verse, la notificación o solicitud de arbitraje –que posteriormente es contestada de la misma manera– constituye la forma en la que el demandante ejecuta y activa el convenio arbitral, señalando, de forma breve, la naturaleza de la controversia a ser sometida al conocimiento de los árbitros.

Este tipo de regulaciones permiten que la etapa prearbitral sea desarrollada sin que se tome alguna decisión de carácter jurisdiccional sustancial, pues tendría como único objetivo que

14. Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985 con enmiendas de 2006), Artículo 21.
15. Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (revisado en 2010), Artículo 3.

las partes involucradas conozcan que existe una controversia sometida a arbitraje y que se nombren los árbitros. No vemos problema ni conflicto en que el director del centro de arbitraje maneje esta etapa bajo estos límites. Es decir, se deja de lado la intervención de los directores del centro en actividades de orden jurisdiccional, limitándola a funciones de mero trámite previas a la constitución del tribunal arbitral.

Tras la solicitud de arbitraje –y su contestación– se procede a constituir el tribunal arbitral que posteriormente conocerá la controversia. Durante el tiempo que transcurre entre la notificación de la solicitud y la designación de los árbitros, ambas partes pueden hacerse una idea del objeto sobre el que versará el procedimiento arbitral y pueden preparar de mejor manera sus respectivos actos de proposición y materiales probatorios.

Posteriormente, el tribunal arbitral constituido, tras escuchar a las partes[16], establecerá un calendario procesal en el que, acorde a la complejidad de la disputa, señalará plazos razonables para que ambas partes presenten sus memoriales de demanda/contestación a la reconvención y contestación a la demanda/reconvención y, de considerarlo apropiado para la disputa, memoriales de réplica y dúplica.

---

16. Véase, por ejemplo, el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (revisado en 2010).
"Artículo 17.1. Con sujeción a lo dispuesto en el presente Reglamento, el tribunal arbitral podrá dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado, siempre que se trate a las partes con igualdad y que en una etapa apropriada del procedimiento se dé a cada una de las partes una oportunidad razonable de hacer valer sus derechos. En el ejercicio de su discrecionalidad, el tribunal arbitral dirigirá las actuaciones con miras a evitar demoras y gastos innecesarios y a llegar a una solución justa y eficaz del litigio entre las partes. 2. *El tribunal arbitral, en cuanto esté en condiciones de hacerlo tras su constitución y después de invitar a las partes a expresar sus opiniones, fijará el calendario provisional del arbitraje*. El tribunal arbitral podrá, en todo momento, tras invitar a las partes a expresar su parecer, prorrogar o abreviar cualquier plazo establecido en el presente Reglamento o concertado por las partes (énfasis añadido)".
Véase, también, el artículo 24 del Reglamento de Arbitraje de la CCI que establece la figura de la conferencia sobre la conducción del procedimiento y calendario procesal y señala en el número 2. "*Durante o después de dicha conferencia, el tribunal arbitral deberá establecer el calendario procesal que pretenda seguir en la conducción del arbitraje.* El calendario procesal y cualquier modificación del mismo deberán ser comunicados a la Corte y a las partes (énfasis añadido)".

2.3.2. Extensión del término para la contestación de la demanda

Otra opción frente a este problema es la extensión del término para presentar la contestación de la demanda. Al respecto, parece razonable fijar un término de treinta días similar al previsto para la contestación a la demanda en el caso de los procedimientos judiciales ordinarios[17]. De hecho, existe actualmente una propuesta de reforma a la LAM[18] que sugiere un término de 20 días para la contestación a la demanda.

Este término parece mucho más razonable que el insuficiente término de diez días que contiene la LAM en la actualidad. Sin embargo, el problema de esta postura es que no atiende a la naturaleza específica de cada controversia sometida a arbitraje, de la cual se podría desprender la necesidad de un término mayor o menor para presentar la contestación a la demanda, la reconvención y sus respectivas pruebas.

Frente a esto, se podría pensar en una disposición similar a la contenida en el artículo 25 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI que brida cierta flexibilidad en torno a los plazos para presentación de escritos, estableciendo:

> [l]os plazos fijados por el tribunal arbitral para la comunicación de los escritos (incluidos los escritos de demanda y de contestación) no deberán exceder de 45 días. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá prorrogar los plazos si estima que se justifica la prórroga[19].

17. Código Orgánico General de Procesos, Artículo 291, RO (S) No. 506, 22/05/2015.
18. Proyecto de Ley Reformatoria de la Ley de Arbitraje y Mediación número 384549, Artículo 4: "[s]ustitúyase en el artículo 11 la palabra "diez" por la palabra "veinte"".
19. Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, N. 15, Artículo 25.

2.3.3. Eliminación de plazos para la contestación a la demanda y reconvención de la LAM

Finalmente, esta opción implica la eliminación de plazos para la presentación de la contestación a la demanda, de la reconvención y sus respectivas pruebas del procedimiento contemplado en la LAM. En su lugar, se debería contemplar una remisión de la regulación sobre estos plazos a los reglamentos de los centros de arbitraje a los que las partes sometan su controversia, los que: **(i)** podrían contener disposiciones precisas al respecto o **(ii)** podrían otorgar la facultad de fijación de plazos de contestación a los árbitros en atención a la naturaleza específica de la controversia, de conformidad con un calendario procesal adecuado al conflicto sometido a su conocimiento.

Cabe anotar que, en casos de arbitraje *ad-hoc*, las partes podrán optar por regular expresamente esta situación, o, por el contrario, remitirse a un reglamento de arbitraje *ad-hoc* como es el caso del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, que brinda a los árbitros la facultad de, previa consulta con las partes, fijar el procedimiento y los plazos acorde al caso.

3. Sobre las solemnidades exigidas para el convenio arbitral

La LAM establece un requisito de escrituración para el convenio arbitral:

> Art. 5.- El convenio arbitral es el acuerdo escrito en virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual[20].

20. Ley de Arbitraje y Mediación, N. 1, Artículo 5.

Bajo la LAM, este requisito puede cumplirse de cuatro formas: **(i)** dentro del negocio jurídico al que la controversia se refiera[21], en cuyo caso el convenio arbitral toma la forma de una cláusula contractual; **(ii)** fuera del negocio jurídico principal, en cuyo caso el convenio arbitral debe contener los nombres de las partes y "la determinación inequívoca del negocio jurídico a que se refiere"[22]; **(iii)** como un contrato principal, al tratarse de convenios arbitrales sobre indemnizaciones extracontractuales, en cuyo caso debe referirse a los hechos específicos de la controversia[23]; y, **(iv)** como resultado de un intercambio de cartas (convenio arbitral epistolar) o "cualquier otro medio de comunicación escrito que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje"[24].

3.1. Inconvenientes

Por la redacción de la LAM anteriormente descrita, existen opiniones divergentes sobre la naturaleza de la formalidad en torno a que el convenio arbitral se encuentre reducido a escrito.

En opinión de Ponce Martínez, el convenio arbitral es un contrato solemne[25] y, por lo mismo, la escrituración es una exigencia *ad solemnitatem*. Por lo tanto, en ausencia del requisito de escrituración, el convenio arbitral no existe o es nulo. Sin embargo, para otros autores, como Salcedo Verduga, el requerimiento de escrituración contenido en la LAM constituye una formalidad *ad probationem* y no *ad solemnitatem*: "[…] en realidad, la exigencia de la forma escrita no es otra

21. Ídem.
22. Ídem.
23. Ídem.
24. Ídem, Artículo 6.
25. A. Ponce Martínez, *Notas sobre la cláusula compromisoria y sus efectos en la legislación ecuatoriana*, 2011.

cosa que el medio de prueba que acredita que se ha otorgado el convenio arbitral"[26].

Ponce Martínez, además, resalta que "el acuerdo arbitral puede constar también en comunicaciones electrónicas cursadas entre las partes, tal como lo establece el artículo 46 de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos, puesto que basta comunicación escrita para que el acuerdo de arbitraje se perfeccione"[27].

Para nosotros, es claro que al referirse a "cualquier otro medio de comunicación escrito *que deje constancia documental* de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje (énfasis añadido)" la LAM se alinea con la naturaleza *ad probationem* del requisito de escrituración, que busca, primordialmente, que el tribunal arbitral cuente con una constancia escrita a la que pueda referirse para analizar la validez y eficacia del convenio arbitral. No obstante, ninguna de las posturas queda clara en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. En realidad, de la lectura de la LAM no se puede concluir la naturaleza del requisito de escrituración establecido en el artículo 5 y, consecuentemente, ante la falta de regulación de las consecuencias de su incumplimiento, la norma nacional se constituye en completamente obsoleta y anacrónica.

3.2. Posibles soluciones

La primera solución ante el anacronismo de la disposición de los artículos 5 y 6 de la LAM es una adaptación sistemática del ordenamiento jurídico a lo prescrito en la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (en adelante, Convención de Nueva York), cuyo artículo 2 establece:

26. E. Salcedo Verduga, *El Arbitraje: Justicia Alternativa*, Distrilib, 2007, p. 111, en A. Ponce Martínez, ibídem.
27. A. Ponce Martínez, N. 25.

> 1. Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.
>
> 2. La expresión "acuerdo por escrito" denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas[28].

Parecería ser que la Convención de Nueva York contiene una disposición igual a la de la LAM. Sin embargo, la nota interpretativa de la CNUDMI sobre el artículo 2 de la Convención aclara que si bien los acuerdos en arbitraje deben constar por escrito, otras formas no constantes en la Convención también satisfacen el requisito de escrituración[29]. Es justamente a esta recomendación a la que nos referimos al sugerir una adaptación sistemática del texto de los artículos 5 y 6 de la LAM respecto de la Convención de Nueva York.

La segunda propuesta, preferible por arrojar mayor claridad sobre el requisito de escrituración del convenio arbitral, es la adopción de cualquiera de las dos opciones contempladas en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre

---

28. Traducción libre. Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (1958), Artículo 2.
"1. Cada Estado parte reconocerá los acuerdos por escrito bajo los cuales las partes acuerdan someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que han surgido o pudieren surgir entre ellas respecto a una relación jurídica definida, contractual o no, sobre materias susceptibles de ser resueltas vía arbitraje. 2. El término "acuerdo por escrito" incluirá una cláusula arbitral contenida en un contrato o un convenio arbitral, firmado por las partes o contenido en un intercambio de cartas o telegramas." Texto original: "*1. Each Contracting State shall recognize an agreement in writing under which the parties undertake to submit to arbitration all or any differences which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not, concerning a subject matter capable of settlement by arbitration. 2. The term "agreement in writing" shall include an arbitral clause in a contract or an arbitration agreement, signed by the parties or contained in an exchange of letters or telegrams*."
29. Convención de las Naciones Unidas para el Comercio Mercantil Internacional (2006), Recomendación A/6/17.

Arbitraje Comercial Internacional (2006), que eliminan como tal el requisito de escrituración, o, dejan clara su naturaleza como formalidad *ad probationem*.

La primera establece que

> 3) Se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio[30].

La segunda opción, reconociendo la evolución del tránsito comercial y el estado actual del arbitraje, no contiene disposición alguna sobre la forma del convenio arbitral. Así, prescribe:

> Artículo 7. Definición del acuerdo de arbitraje (Aprobado por la Comisión en su 39º período de sesiones, celebrado en 2006) El "acuerdo de arbitraje" es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no[31].

Consideramos que reformar las normas de la LAM que refieren, sin mayor contexto, el requisito de escrituración del convenio arbitral mediante la inclusión de disposiciones que tomen en cuenta lo señalado en esta sección ayudaría a poner fin a la discusión infructuosa de la naturaleza de la formalidad de escrituración bajo el ordenamiento jurídico ecuatoriano y, más importante, daría paso para que los convenios arbitrales sean celebrados de cualquier manera, facilitando así el tráfico jurídico.

30. Ley Modelo CNUDMI (2006), Artículo 7, Opción 1.
31. Ídem. Opción 2.

4. Sobre la noción de materia arbitrable contenida en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

La noción de arbitrabilidad objetiva "se refiere a la posibilidad de que el asunto objeto de la controversia sea susceptible de ser sometido a arbitraje: de ser posible arbitrar la disputa, ésta [sic.] podrá ser llevada ante los tribunales arbitrales […]"[32].

El ordenamiento jurídico ecuatoriano toma la noción de transigibilidad como criterio de arbitrabilidad objetiva.

Así, el artículo 190 de la CRE "reconoce [al] arbitraje […], [que] se [aplicará] con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir"[33].

Concordantemente, el artículo 1 de la LAM prescribe:

> Art. 1.- El sistema arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias[34].

Para tratar el tema de la arbitrabilidad en razón de la materia, es importante distinguir entre la noción de arbitrabilidad en lo privado y en lo público, pues parten de lógicas distintas, sin perjuicio de que, como se verá, la solución propuesta es abandonar la noción de transigibilidad como criterio de arbitrabilidad objetiva.

---

32. M. Jiménez & A. Saldarriaga, "Arbitrabilidad, inversión e ilegalidad", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 2, 2010.
33. Constitución de la República del Ecuador, N. 13, Artículo 190.
34. Ley de Arbitraje y Mediación, N. 1, Artículo 1.

4.1. Inconvenientes de la noción de transigibilidad en lo privado

Para analizar el problema que ocasiona esta asimilación, es importante, primero, entender la noción de transigibilidad, que, aunque sea redundante, es la característica de todo aquello susceptible de transacción.

El Código Civil define a la transacción como "un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual"[35]. En este sentido, el arbitraje no puede ser asimilable a la transacción. Si bien mediante ambos se puede poner fin a un litigio pendiente, en la transacción –asimilable a la negociación– al ser un método autocompositivo de resolución de disputas, son las partes las que mediante concesiones mutuas ponen fin a la controversia; mientras que, en el arbitraje, que es un método heterocompositivo de resolución de controversias, un tercero llamado tribunal arbitral pone fin a la controversia sin que exista concesión de ninguna naturaleza por las partes.

Así lo explica Aguilar Carvajal para quien en el compromiso de árbitros "se asientan las bases para que [el conflicto] sea resuelto, mientras que en la transacción, mediante las concesiones recíprocas de las partes, se pone fin al asunto"[36].

En esta línea, y, más allá de la obvia diferencia entre un contrato de transacción y el arbitraje antes señalada, es importante hacer referencia a la noción de materia transigible.

El artículo 2349 del Código Civil prescribe que "[n]o puede transigir sino la persona capaz de disponer de los objetos

35. Código Civil, Artículo 2348, RO (S) No. 46, 24/06/2005.
36. J. Larrea Holguín, *Derecho Civil del Ecuador,* Corporación de Estudios y Publicaciones, Tomo XIV, 2002, p. 355, en J. Aguilar Andrade, "Derecho administrativo y transigibilidad", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 6, 2014.

comprendidos en la transacción"[37]. Así, lo transigible se asimila a las materias de libre disposición por los privados. Por eso, "la transacción opera por medio de concesiones recíprocas que se hacen las partes involucradas en la controversia"[38] y, como ha manifestado la ex Corte Suprema de Justicia, consiste "en la renuncia que cada contratante hace de lo que cree su derecho a fin de evitar que un fallo judicial le quite todo a uno u otro"[39].

La pregunta que surge a continuación es si verdaderamente se requiere que las materias sometidas a arbitraje sean de libre disposición. El inconveniente que nace a partir de la asimilación entre arbitrabilidad y transigibilidad se da debido a que en el arbitraje no existe una verdadera negociación o transacción de derechos, es decir, no existen concesiones recíprocas, sino que se encarga a un tercero imparcial la resolución de la controversia sometida a su conocimiento aplicando el ordenamiento jurídico (en el caso del arbitraje en derecho) y respetando las normas de orden público (incluso en el caso del arbitraje en equidad) y dando la razón en todo o en parte a uno o a otro. Por lo tanto, para someter una controversia a arbitraje no es necesario que la materia sobre la que versa sea de libre disposición o renuncia.

Desde nuestra perspectiva, la arbitrabilidad objetiva es un problema distinto al de la libre disponibilidad sobre la materia. En concreto, al ser el arbitraje un método alternativo y excepcional frente a la justicia ordinaria, el Estado puede tener interés en que, por situaciones de orden o políticas públicas, la resolución de controversias respecto de ciertas materias sea limitada a la justicia ordinaria excluyendo el arbitraje. Deberá el Estado, entonces, dejar sentado de forma expresa y detallada, mediante ley, la inarbitrabilidad de esas materias, como es el caso, por ejemplo, del

37. Código Civil, N. 35, Artículo 2349.
38. J. Aguilar Andrade, N. 36.
39. Corte Suprema de Justicia, Sentencia de tercera instancia, Gaceta Judicial, Serie XV, No. 14, 30/07/1992, p. 4135.

artículo 20(2) de la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Publico Privadas que, aunque de manera poco técnica, elimina la posibilidad de pactar arbitraje en "asuntos tributarios".

En todo caso, al menos desde la perspectiva de la casuística, es bastante común que los árbitros conozcan materias no transigibles, como lo es por ejemplo la nulidad de negocios jurídicos; y lo hacen justamente porque las partes les han otorgado esa capacidad.

4.1.1. Posibles soluciones sobre la noción de arbitrabilidad en lo privado

Una posible solución al problema de la asimilación de arbitrabilidad y transigibilidad se encuentra en la adopción en la LAM de la doctrina de Paulsson, consistente en una presunción en favor de la arbitrabilidad de las controversias[40]. Bajo esta doctrina, cualquier controversia es susceptible de ser sometida a arbitraje "siempre y cuando las partes no interpongan una excepción de inarbitrabilidad"[41] y el sometimiento del conflicto a arbitraje no comporte una violación a normas de orden público.

Aplicando esta doctrina al ámbito normativo, sería de utilidad una norma que establezca la arbitrabilidad objetiva como regla general salvo todas aquellas materias que, por ley, sean declaradas inarbitrables.

De esta manera, se da un verdadero respeto de la autonomía de la voluntad de las partes, piedra angular del arbitraje, limitada únicamente por aquello que el ordenamiento y el orden público prohíben.

---

40. J. Paulsson, "Still Through a Glass Darkly", *ICC International Court of Arbitration Bulletin: Arbitration in the Next Decade*, Special Supplement, 1999, en L. Coronel Larrea e I. Núñez Patiño, "La transigibilidad: un criterio incorrecto de arbitrabilidad", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 10, 2019.
41. L. Coronel Larrea e I. Núñez Patiño, N. 40.

4.2 Inconvenientes de la noción de transigibilidad en lo público

Si la noción de transigibilidad era inadecuada en lo privado, resulta inadmisible en lo público, pues el Estado no puede disponer libremente de las potestades que le son atribuidas por ley.

Por el contrario, el Estado se rige por el principio de legalidad. En consecuencia, su capacidad de someter una controversia a arbitraje no es libre, sino que debe contar con una habilitación legal que le permita hacerlo[42]. Si se aplicara el concepto de irrenunciabilidad para limitar el sometimiento de la administración pública a arbitraje se llegaría a la desatinada conclusión de que la administración no puede someter sus controversias a arbitraje bajo circunstancia alguna, lo que, a nuestro criterio, resulta absurdo y contrario a las normas existentes en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

4.2.1. Posibles soluciones sobre la noción de arbitrabilidad en lo público

En realidad, al igual que lo establecido anteriormente, la solución al respecto radica en eliminar la noción de transigibilidad como criterio de arbitrabilidad objetiva en los artículos 190 de la CRE y 1 de la LAM; o al menos vía reforma legal interpretar el término transigibilidad para efectos del sometimiento a arbitraje tanto en el ámbito privado como el público.

Por otro lado, respecto de la habilitación para el sometimiento a arbitraje en asuntos en los que intervenga el Estado, ya existe una solución en nuestro ordenamiento por cuanto el artículo 190 de la CRE establece la posibilidad

42. J. Aguilar Andrade, N. 36.

de que la administración pública someta a arbitraje cualquier controversia contractual al señalar que: "[e]n la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley"[43]. Esta disposición conduce a la consecuencia lógica de que únicamente estará prohibido hacerlo en los casos en que leyes específicas planteen una excepción.

En ese sentido, concordamos con Aguilar Andrade cuando explica que "la autorización para que las controversias contractuales se sometan a arbitraje incluye toda controversia, con independencia de que la misma se relacione con actos administrativos de ejecución contractual"[44].

En conclusión, tanto para el ámbito público como el privado, es necesario plantear una reforma a los artículos 190 de la CRE y 1 de la LAM que elimine la noción de transigibilidad como criterio de arbitrabilidad objetiva o al menos una que matice su alcance.

5. Sobre la rigidez del procedimiento arbitral en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

Las normas procedimentales en la LAM son elementos naturales del convenio arbitral. Es decir, sus regulaciones se incorporan al convenio arbitral si las partes nada dicen al respecto. Con su sola expresión en el convenio arbitral –elementos accidentales–, las partes pueden modificar el procedimiento establecido en la LAM siempre y cuando el acuerdo no contravenga normas de orden público relacionadas, por ejemplo, con el derecho a la defensa.

43. Constitución de la República, N. 13, Artículo 190.
44. J. Aguilar Andrade, N. 36, p. 262.

Hasta este punto, el procedimiento arbitral parece bastante flexible. Sin embargo, el problema surge precisamente en ausencia de acuerdo de las partes en cuanto al procedimiento, precisamente por el carácter de *midnight clauses*[45] de los acuerdos en arbitraje[46].

5.1. Inconvenientes

La LAM, en realidad, no contiene un procedimiento demasiado riguroso que regule al proceso arbitral. Más allá de las disposiciones generales respecto a la presentación de la demanda, su contestación, reconvención y contestación a la reconvención, mediación obligatoria, designación de árbitros y constitución del tribunal, audiencias de sustanciación y de estrados, nulidad y ejecución de laudos, no contiene en sí misma disposiciones que impongan un procedimiento arbitral como tal.

Es necesario dejar claro que estamos de acuerdo con el enfoque que da la LAM a este tema, pues las normas procedimentales deben quedar a la elección de las partes, sea mediante mención expresa en el convenio arbitral o mediante referencia a reglamentos de arbitraje. Problema aparte resulta que, en el medio ecuatoriano, los centros de arbitraje, lejos de construir reglamentos de arbitraje que regulen al procedimiento arbitral y se adapten constantemente a sus necesidades, se han limitado a crear reglamentos de funcionamiento que dejan de lado las normas de procedimiento antes expuestas enfocándose exclusivamente en temas puramente administrativos.

El problema de la LAM, sin embargo, es la referencia que, sin ningún contexto, hace respecto del procedimiento

45. Esto significa que las cláusulas arbitrales usualmente son las últimas en ser redactadas en un contrato, por lo cual generalmente no son elaboradas de manera minuciosa o detallada.
46. S. Molitoris e I. Welser, "The Scope of Arbitration Clauses Or "All Disputes Arising out of or in Connection with this Contract..."", *Austrian Yearbook on International Arbitration*, No. 17, 2012, pp. 19-30.

hacia las normas de la legislación procesal común. Si bien, tanto el arbitraje como la justicia ordinaria son métodos heterocompositivos de resolución de disputas que pueden mantener rasgos comunes, el primero, al ser alternativo, se funda en principios propios de la institución arbitral.

Debemos dejar claro que, en nuestro criterio, en principio no es incorrecto que la legislación procesal común sea supletoria a la LAM; pero consideramos que debe serlo en un último orden de prelación cuando no pueda aplicarse ningún otro medio que asegure autocontener los principios generales del arbitraje. Es decir, la aplicación de la ley procesal común respecto del arbitraje debe ser de *ultima ratio*.

Lamentablemente, la LAM no sigue este criterio y hace aplicable el COGEP como norma supletoria directa.

Así, en su artículo 37 la LAM señala:

> Art. 37.- En todo lo que no esté previsto en esta Ley, se aplicarán supletoriamente las normas del Código Civil, [Código Orgánico General de Procesos] o Código de Comercio y otras leyes conexas, siempre que se trate, [sic.] de arbitraje en derecho.

Lo anterior se agrava al referirnos al insuficiente alcance del artículo 38 de la LAM que regula las normas de procedimiento. Si bien menciona que las partes podrían pactar las normas de procedimiento, no genera medios para autocontener los principios generales de arbitraje en caso de que las partes no lo hagan, provocando la fuga del procedimiento arbitral hacia las normas procesales comunes. Además de lo anterior, no queda claro si las distintas fuentes están listadas en un orden de prelación puesto que, de ser así, parecería ser que el acuerdo de las partes respecto del procedimiento arbitral no es la fuente principal, lo que resulta absurdo siendo que la voluntad de las partes es la piedra angular de la institución arbitral.

Al respecto, el artículo 38 de la LAM, señala:

> Art. 38.- El arbitraje se sujetará a las normas de procedimiento señaladas en esta Ley, al procedimiento establecido en los centros de arbitraje, al determinado en el convenio arbitral o al que las partes escojan, sin perjuicio de las normas supletorias que sean aplicables.

Como se mencionó, entonces, el problema de estas disposiciones es el alcance que se da a las normas supletorias que podrían ser aplicadas en todos los casos en que la LAM guarda silencio respecto a una regulación procedimental específica. Por ejemplo, al no existir en la LAM norma alguna respecto de la práctica de la prueba documental, nada impediría que un tribunal arbitral obligue a las partes a practicar esta prueba leyendo los pasajes pertinentes del documento como lo establece el artículo 196 del COGEP.

Así, pese a la moderada regulación procedimental de la LAM, esta disposición sobre normas supletorias ha generado una judicialización del procedimiento arbitral, haciéndolo tanto o más formal que uno llevado ante la justicia ordinaria. De esta manera, se desconoce una de las características esenciales del arbitraje: la flexibilidad.

5.2. Posible solución

Frente al problema planteado, consideramos importante una reforma que en primer lugar fusione el sentido de las normas establecidas en los artículos 37 y 38 para dejar claro que, si bien la norma procesal común es de supletoria aplicación, lo es solo en los casos en que no sea posible aplicar fuentes autocontenidas del sistema arbitral.

En ese sentido sugerimos la inclusión de una norma que, estableciendo un orden de prelación: **(i)** deje claro que la fuente de primigenia aplicación es el acuerdo de las partes establecido

en el convenio arbitral o con posterioridad; **(ii)** otorgue al tribunal arbitral la facultad para que, en caso de desacuerdo entre las partes e insuficiencia de ley respecto de las normas procesales aplicables, las fije de forma obligatoria respetando el principio de igualdad, y; **(iii)** haga expresa mención a los principios generales del arbitraje como fuente de aplicación para normas de procedimiento con prioridad frente a la norma procesal común.

Respecto de estas soluciones propuestas, podría seguirse el modelo establecido en la legislación peruana de arbitraje, que en su artículo 34[47] establece:

> Artículo 34.- Libertad de regulación de actuaciones. 1. Las partes podrán determinar libremente las reglas a las que se sujeta el tribunal arbitral en sus actuaciones. A falta de acuerdo o de un reglamento arbitral aplicable, el tribunal arbitral decidirá las reglas que considere más apropiadas teniendo en cuenta las circunstancias del caso. 2. El tribunal arbitral deberá tratar a las partes con igualdad y darle a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos. 3. Si no existe disposición aplicable en las reglas aprobadas por las partes o por el tribunal arbitral, se podrá aplicar de manera supletoria, las normas de este Decreto Legislativo. Si no existe norma aplicable en este Decreto Legislativo, el tribunal arbitral podrá recurrir, según su criterio, a los principios arbitrales así como a los usos y costumbres en materia arbitral […].

En relación con la segunda solución propuesta, el modelo a seguir puede ser el establecido en el artículo 22(2) del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional que establece:

> [c]on el fin de asegurar la conducción efectiva del caso, el tribunal arbitral, previa consulta a las partes, podrá adoptar las medidas procesales que considere apropiadas, siempre que estas no vulneren ningún acuerdo de las partes.

47. Ley General de Arbitraje de Perú, Artículo 34, 01/09/2008.

Adicionalmente, y con el fin de facilitar los acuerdos de las partes respecto del procedimiento, nos parece aconsejable seguir el modelo que al respecto ha instaurado el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional que propone: **(i)** la celebración de una conferencia para la conducción del procedimiento en la que el tribunal arbitral "consultar[á] a las partes sobre las medidas procesales que podrían ser adoptadas de conformidad con el Artículo 22(2) […]"[48], **(ii)** la redacción de una acta de misión[49] en la que se "[fija] con precisión la identidad y representación de las partes, las de los árbitros y el sistema de notificaciones, […] [determina] con precisión las pretensiones de las partes en la litis, junto con el lugar y el idioma del arbitraje y las normas procesales aplicables al procedimiento y al fondo […]"[50] u otra orden procesal en esta línea; y, **(iii)** el establecimiento de un calendario procesal[51] que regirá la conducción del procedimiento arbitral acorde a las necesidades y particularidades de cada caso.

Consideramos que este modelo aseguraría la participación de las partes en el establecimiento de normas procesales, o, en su defecto, el establecimiento de un procedimiento acorde a los principios generales del arbitraje que quedarían plasmados en un documento para posterior referencia de las partes y el tribunal.

Adicionalmente, la fijación de un calendario procesal, además de ayudar a la organización del centro de arbitraje, el tribunal arbitral y las partes, sirve fundamentalmente para estructurar el procedimiento arbitral acorde a las necesidades de cada caso. Por ejemplo, en un caso en el que se avizoren excepciones a la competencia del tribunal arbitral, este, escuchando previamente a las partes, podrá bifurcarlo para

48. Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (2017), Artículo 24(1).
49. Ibídem, Artículo 23.
50. J. Í. de Hoyos, "El arbitraje institucional", Arbitraje y mediación: problemas actuales y oportunidades, *Lex Nova*, 2013.
51. Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (2017), N. 48, Artículo 24(2).

escuchar los argumentos y decidir al respecto mediante un laudo interlocutorio.

Por otro lado, y de ser el caso que una de las partes proponga excepciones que por su naturaleza deben, sobre la base del principio de eficiencia, ser conocidas de forma preliminar[52] a las excepciones de fondo, el tribunal arbitral podrá, previa consulta con las partes, diseñar un proceso en el que se discuta previamente sobre esas excepciones a ser decididas, también, mediante un laudo interlocutorio.

Lo anterior deja en evidencia una nueva reforma que deviene de la naturaleza de las propuestas realizadas, que es la eliminación de la figura de la audiencia de sustanciación establecida en la LAM en consideración a que su celebración no debería ser de obligatorio cumplimiento, especialmente en los casos en los que no se disputa la competencia del tribunal arbitral.

Por otro lado, las demás diligencias que, de acuerdo con la LAM, deben cumplirse en la audiencia de sustanciación bien pueden ser conocidas en otro momento procesal de ser requerido. En ese sentido, si existen objeciones a la admisibilidad de las pruebas solicitadas por las partes, el tribunal arbitral podrá establecer una etapa procesal para, previo a escuchar a las partes, resolver al respecto. Asimismo, ya no sería necesario fijar un término para la práctica de pruebas puesto que el calendario procesal supliría esta necesidad.

6. Sobre la inadecuación del sistema de causales de recusación de los árbitros previstas en la LAM

La LAM no ha sido ajena al tratamiento de circunstancias que podrían comprometer la independencia e imparcialidad

52. En general denominadas excepciones previas.

de los árbitros. Por ello, el artículo 21 de la LAM establece como causales de recusación para los árbitros "[…] las previstas en el [COGEP] para los jueces". Además, prohíbe la recusación de los árbitros designados por acuerdo de las partes cuando las causales en que se funde la recusación hayan existido o sido conocidas por las partes al momento de su nombramiento. La resolución de las causas de recusación, según esta norma, corresponderá a distintas personas, dependiendo del caso:

> [l]a recusación deberá ser resuelta:
> a) En el caso de un tribunal colegiado, por aquellos no comprendidos en la demanda de recusación.
> Si estos no se pusieren de acuerdo, la recusación deberá ser resuelta por el director del centro;
> b) En el caso de que la recusación recayere sobre todos los árbitros, esta deberá ser resuelta por el director del centro;
> c) En el caso de tribunal unipersonal la recusación deberá ser resuelta por el director del centro. Para su reemplazo se procederá en la misma forma establecida en el artículo 16;
> d) Para el caso de arbitraje independiente la recusación deberá ser resuelta por los miembros del tribunal que no han sido recusados; y,
> e) Si fuere tribunal unipersonal o si la recusación recayere en todos los árbitros, esta deberá ser resuelta por el director del centro de arbitraje más cercano al domicilio del actor.

Pese a la válida intención de regulación de procedimiento que contiene la precitada disposición, no sirve más que para reafirmar el hecho de que, en la práctica, la norma adjetiva de la justicia ordinaria se aplica de modo principal y no supletorio a causa de los múltiples reenvíos –muchas veces descuidados– que hace la LAM, desconociendo de este modo la naturaleza particular del arbitraje.

6.1. Inconvenientes

Si bien el modo de resolución de las causales de recusación de los árbitros parece ser adecuado, se debe

señalar que el reenvío que hace el artículo 21 de la LAM al COGEP respecto de las causales de recusación es, al menos, inadecuado considerando la naturaleza del sistema arbitral, y, especialmente, sus particularidades.

De manera general, el ordenamiento jurídico ecuatoriano equivocadamente ha equiparado a los árbitros con los jueces en muchas disposiciones[53] sin reparar en las distinciones palpables de su naturaleza. Este ejercicio, en nuestro criterio, no tiene sustento, y, por el contrario, genera efectos negativos en su tratamiento jurídico, como es el caso de la institución de la excusa y recusación.

Son muchas las diferencias entre un árbitro y un juez, pero, para efectos del análisis al respecto de la excusa y recusación, son al menos dos las que deben considerarse para determinar los inconvenientes de una norma de reenvío como la del artículo 21 de la LAM, a saber: **(i)** los árbitros pueden ser escogidos por las partes; y, **(ii)** los árbitros no dedican, necesariamente, el ejercicio de su profesión de forma exclusiva a esta actividad y pueden –a diferencia de los jueces– realizar otras actividades profesionales como abogados en la práctica privada.

Estas diferencias dejan en evidencia un abanico de posibilidades que pueden influir en la imparcialidad e independencia de un árbitro que, por el contrario, no tendrían lugar en la actividad judicial y quedan fuera de la regulación del artículo 21 de la LAM. Evidentemente, lo anterior, deja claro, aún prima facie, que resulta inadecuado regular a jueces y árbitros de la misma manera en relación con la institución de la excusa y recusación.

53. Código Orgánico de la Función Judicial, RO(S) No. 544, 09/03/2009. Artículo 7: "[l]os árbitros ejercerán funciones jurisdiccionales, de conformidad con la Constitución y la ley" y "[e]l arbitraje, la mediación y otros medios alternativos de solución de conflictos establecidos por la ley, constituyen una forma de este servicio público".

Pese a lo anterior, y, a fin de sustentar detalladamente la inconveniencia de una disposición de reenvío como la del artículo 21 de la LAM, analizaremos, en primer lugar, la enumeración de causales que contiene el COGEP que permiten excluir del conocimiento de un proceso a un juez cuyas independencia e imparcialidad han sido cuestionadas, para contrastarlas con la particular naturaleza del arbitraje.

El artículo 22 del COGEP prescribe:

> Art. 22.- Causas de excusa o recusación. Son causas de excusa o recusación de la o del juzgador:
> 1. Ser parte en el proceso.
> 2. Ser cónyuge o conviviente en unión de hecho de una de las partes o su defensora o defensor.
> 3. Ser pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad de alguna de las partes, de su representante legal, mandatario, procurador, defensor o de la o del juzgador de quien proviene la resolución que conoce por alguno de los medios de impugnación.
> 4. Haber conocido o fallado en otra instancia y en el mismo proceso la cuestión que se ventila u otra conexa con ella.
> 5. Retardar de manera injustificada el despacho de los asuntos sometidos a su competencia. Si se trata de la resolución, se estará a lo dispuesto en el Código Orgánico de la Función Judicial.
> 6. Haber sido representante legal, mandatario, procurador, defensor, apoderado de alguna de las partes en el proceso actualmente sometida a su conocimiento o haber intervenido en ella como mediador.
> 7. Haber manifestado opinión o consejo que sea demostrable, sobre el proceso que llega a su conocimiento.
> 8. Tener o haber tenido ella, él, su cónyuge, conviviente o alguno de sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad proceso con alguna de las partes. Cuando el proceso haya sido promovido por alguna de las partes, deberá haberlo sido antes de la instancia en que se intenta la recusación.
> 9. Haber recibido de alguna de las partes derechos, contribuciones, bienes, valores o servicios.
> 10. Tener con alguna de las partes o sus defensores alguna obligación pendiente.

> 11. Tener con alguna de las partes o sus defensores amistad íntima o enemistad manifiesta.
>
> 12. Tener interés personal en el proceso por tratarse de sus negocios o de su cónyuge o conviviente, o de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

Más allá de que algunas causales referidas parecen bastante obvias (1, 2, 3, 6, 7, 11 y 12), existen otras que fueron creadas tomando en cuenta las características privativas de la justicia ordinaria.

Así, la causal 4, "[h]aber conocido o fallado en otra instancia y en el mismo proceso la cuestión que se ventila u otra conexa con ella", no tiene sentido si se piensa, por ejemplo, en controversias que se derivan de ejecuciones contractuales que, por su naturaleza, pueden generar más de una reclamación. Lo más lógico, por el contrario, sería que el árbitro que conoció una controversia referente a la ejecución de un contrato que, por tanto, estaría más familiarizado con las circunstancias que rodean al contrato sea quien resuelva todo lo relativo a ellas. No obstante, esta causal impide que un árbitro conozca nuevas controversias surgidas a partir de la misma cuestión.

Por su parte, la causal 5, "retardar de manera injustificada el despacho de los asuntos sometidos a su competencia", no toma en cuenta que, acorde al artículo 25 de la LAM, los árbitros están sujetos a un término original de ciento cincuenta días prorrogables por ciento cincuenta días más –en los que también deberán resolver cualquier solicitud de las partes– para emitir el laudo arbitral, por lo que, al menos *prima facie*, la causal referida que, ciertamente, tiene como experiencia las demoras excesivas que históricamente tuvo la función judicial en Ecuador, parece no ser aplicable al arbitraje.

Sin embargo, y, más allá de lo anterior, consideramos que el tema de demoras por parte del tribunal arbitral conviene ser

tratado sobre la base de otros incentivos, como, por ejemplo, la disminución de los honorarios a los que los árbitros tienen derecho[54] –siguiendo el ejemplo de instituciones arbitrales internacionales–, o, en casos extremos, mediante la determinación de responsabilidad de los árbitros[55].

La causal 8, consistente en tener o haber tenido procesos con alguna de las partes, carece de sentido aun tratándose de la justicia ordinaria. Las controversias en contra del Estado son comunes y los jueces y árbitros no son inmunes a ellas. En estricta aplicación de esta causal, ningún juez o árbitro que haya impugnado un acto administrativo cualquiera o la imposición de una multa de tránsito podría volver a ejercer estas funciones jurisdiccionales si es que una de las partes es el Estado o alguna de sus instituciones. De igual forma, la causal 10 podría excluir a todo árbitro del conocimiento de controversias en contra del Estado si tiene una obligación tributaria exigible pendiente de pago, por ejemplo.

La causal 9, "[h]aber recibido de alguna de las partes: derechos, contribuciones, bienes, valores o servicios", demuestra la inconveniencia de realizar un reenvío tan general al COGEP para la excusa y recusación de árbitros. Este numeral no toma en cuenta que son las partes quienes, además de escoger a los árbitros, pagan sus honorarios, sea de manera indirecta a través de un centro o de forma directa, al tratarse de arbitraje *ad-hoc*. Ciertamente, la intención de la causal es otra, pero lo anterior demuestra la importancia de tratar a jueces y árbitros de manera distinta para efectos de la excusa y recusación.

---

54. La nota a las partes y el tribunal arbitral sobre la conducción del arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje CCI de 1 de enero de 2019, en la sección VII . Eficacia en la presentación de los proyectos de laudo a la Corte establece la disminución de honorarios del tribunal arbitral en caso de incumplimiento del plazo de seis meses contados desde el cierre de la instrucción para someter el proyecto de laudo a la corte.
55. J. Jaramillo Troya, N. 9, p. 333.

Se puede ver, entonces, que existen circunstancias mencionadas en el COGEP como causas de recusación de jueces que no deberían ser aplicadas a los árbitros. Ahora bien, existen otras situaciones que podrían comprometer la independencia e imparcialidad de los árbitros que resolverán la controversia y que no son abordadas por el artículo transcrito ni por otras normas del ordenamiento.

Al respecto, se debe resaltar la dificultad de valorar *a priori*, sin conocimiento del caso específico, las circunstancias que podrían generar un conflicto de interés en el árbitro. Esto por cuanto, detrás de las causales, no existe un estándar adecuado de razonabilidad, sino que son de inexorable cumplimiento aun si el supuesto de hecho que se configura no compromete de forma alguna la independencia e imparcialidad de los árbitros.

Por ello, los autores nos hemos preguntado si, dada la naturaleza intrínsecamente distinta del arbitraje y la justicia ordinaria, y, con ella, de los árbitros y los jueces, es prudente que el sistema de excusa y recusación sea igual para ambos, esto es, un sistema de causales taxativas preestablecidas.

Consideramos que la respuesta es negativa, especialmente tratándose de los árbitros y la multiplicidad de circunstancias que pueden generar dificultades en cuanto a su imparcialidad e independencia y las dificultades ya referidas en torno a las causales reguladas en el COGEP.

6.2. Posibles soluciones

Sobre la base de los inconvenientes antes referidos consideramos que, al respecto, el arbitraje ecuatoriano debería, mediante reforma –sea de la LAM o al menos de los reglamentos de arbitraje de los centros– pasar de un sistema de causales a uno de un estándar objetivo de razonabilidad

para determinar, tomando en cuenta el caso particular, si existe una circunstancia que cree una duda justificada sobre la imparcialidad o independencia de un árbitro y le impida resolver la controversia.

Al respecto, consideramos, entonces, que el estándar a ser adoptado debería hacer referencia a un tercero razonable en similares circunstancias. En ese sentido, entonces, la circunstancia de potencial conflicto deberá ser analizada sobre la base de si, frente a un tercero razonable en circunstancias similares a la que tienen lugar dentro del proceso arbitral, la circunstancia de posible conflicto genera una duda justificada respecto de la imparcialidad o independencia del árbitro.

Un estándar muy similar ha sido el que las Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional 2014 de la *International Bar Association* (en adelante, Directrices) establecen al señalar:

> [s]on consideradas justificadas aquellas dudas por las que una tercera persona con buen juicio y con conocimiento de los hechos y circunstancias relevantes del asunto llegaría a la conclusión de que, probablemente, la decisión del árbitro podría verse influida por factores distintos a los méritos del caso presentados por las partes[56].

Un enfoque similar es el que toma el Proyecto de Reglamento Modelo de Arbitraje Doméstico Instituto Ecuatoriano de Arbitraje que en relación con las disposiciones aplicables al Tribunal Arbitral en su artículo 9[57], señala:

> 2. Al aceptar su designación el árbitro debe suscribir una declaración de aceptación, disponibilidad, imparcialidad e independencia. Los árbitros designados deben dar a conocer por escrito al CAM cualesquiera hechos o circunstancias

56. Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional 2014 de la International Bar Association, Norma General 2(c).
57. Proyecto de Reglamento Modelo de Arbitraje Doméstico Instituto Ecuatoriano de Arbitraje, Artículos 9(2) y 9(3).

> susceptibles de poner en duda su independencia, así como cualquier circunstancia que pudiere dar lugar a dudas razonables sobre su imparcialidad, tanto al momento de aceptar la designación como durante el transcurso del proceso. El CAM o el Tribunal Arbitral deberá comunicar por escrito dicha información a las partes y fijar un plazo para que éstas realicen sus comentarios.
>
> 3. El árbitro deberá dar a conocer inmediatamente y por escrito, tanto al CAM como a las partes, cualesquiera hechos o circunstancias de naturaleza similar a aquellos referidos en el Artículo 9(2) relativas a su imparcialidad o independencia que pudieren surgir durante el arbitraje.

De este modo, las circunstancias que podrían potencialmente significar una duda justificada sobre la imparcialidad e independencia del árbitro serían abordadas de un modo más bien amplio para considerar situaciones que, a la vista de un tercero razonable, resultarían conflictivas. Así, se abordarían aquellas circunstancias que escapan de la creatividad del legislador al momento de plantearlas como causales preestablecidas y, a la vez, se salvaría a aquellas circunstancias que, a los ojos de las partes, no representan un conflicto de interés.

El estándar antes referido tendría que ser aplicado en dos circunstancias, a saber: **(i)** para el deber de revelación de los árbitros y su excusa, de ser el caso, y **(ii)** para la resolución de las solicitudes de recusación.

En cuanto al deber de revelación de los árbitros, y, sobre la base del estándar referido, debe tomarse en cuenta que este no depende de sus propias consideraciones sobre las circunstancias que podrían cuestionar su imparcialidad e independencia, sino de todo aquello que, a los ojos de las partes y hasta de un tercero razonable, podrían poner en duda su capacidad de emitir una decisión con objetividad[58].

58. J. Alonso Puig, "Los árbitros: selección, recusación y reemplazo". *THEMIS-Revista de Derecho*, No. 53, 2007, p. 161-166.

Por otro lado, si bien el deber de revelación de un árbitro inicia al momento de su designación previo a su confirmación o posesión, este debe mantenerse a lo largo de todo el proceso arbitral hasta la emisión del laudo por cuanto su imparcialidad e independencia "debe permanecer […] durante todo el procedimiento arbitral, incluyendo el período de corrección o interpretación de un laudo final […] asumiendo que dicho período se conoce o es fácilmente determinable"[59]. En ese sentido, los árbitros deberán informar cualquier circunstancia ocurrida con posterioridad a su confirmación o posesión que, considerando el estándar referido, podría generar dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia.

Al respecto, consideramos que sería importante que la LAM sea reformada para incluir expresamente el deber de revelación. De todas formas, los reglamentos de arbitraje de los distintos centros de arbitraje locales también deberían incluir disposiciones al respecto. Así, en todo caso de duda, en presencia de una norma de esta naturaleza, el árbitro deberá preferir revelar la situación a las partes, las cuales podrán: **(i)** objetar su presencia en el arbitraje y solicitar la recusación en caso de que no haya excusa voluntaria del árbitro acorde al procedimiento y ante la autoridad establecidos en el artículo 21 de la LAM; o, **(ii)** decidir continuar con el procedimiento sin objetar la imparcialidad e independencia del árbitro o renunciando expresamente a cualquier circunstancia revelada por el árbitro.

Sin que sea trascendental, pero sí recomendable, para la aplicación del deber de revelación de los árbitros podría tomarse como referencia a las ya mencionadas Directrices que han desarrollado un catálogo no taxativo de circunstancias comunes que podrían considerarse conflictivas respecto de la imparcialidad e independencia de los árbitros con una

59. Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional 2014 de la International Bar Association, Nota explicativa a la Norma General 1.

dinámica de listas que se corresponden a los colores de un semáforo acorde a su nivel de gravedad.

Así, las circunstancias que preliminarmente generarían en cualquier persona una duda razonable sobre la imparcialidad e independencia de un árbitro se encuentran en el listado rojo que, a su vez, se subdivide en el listado renunciable y el no renunciable, siendo el primero el que expone circunstancias que generan dudas razonables sobre la imparcialidad e independencia del árbitro pero consideradas renunciables voluntariamente por las partes y el segundo aquellas el que refiere circunstancias tan graves que no podrían ser renunciadas por las partes de un arbitraje.

Por otro lado, las circunstancias que potencialmente podrían generar conflicto de interés pero que no lo hacen intrínsecamente se consideran en el listado naranja. Cabe anotar que estas circunstancias son renunciables por las partes.

Finalmente, las circunstancias que no constituyen conflicto de interés se encuentran en el listado verde.

Como se refirió anteriormente, las Directrices mencionadas son un cuerpo de *soft law* que, salvo pacto entre las partes o adopción por un cuerpo normativo, no resultan vinculantes pero sí referenciales y persuasivas.

Consideramos que, en lo relacionado con las listas antes referidas respecto del deber de revelación de los árbitros, parecería importante que no sea una reforma a la LAM la que las imponga sino que esto quede librado a la voluntad de las partes, sea mediante un pacto expreso en el convenio arbitral o mediante el sometimiento a un cuerpo de reglas de arbitraje que las incorporen.

De todas formas, como se mencionó, los árbitros podrán considerarlas para efectos de su deber de revelación, siempre

sobre la base del estándar objetivo de razonabilidad antes expuesto que se recomienda incluir en la LAM mediante reforma.

Finalmente, el estándar objetivo de razonabilidad antes referido deberá guiar y ser el aplicable en lo relativo a solicitudes de recusación que sean planteadas por las partes en un proceso arbitral. Estas solicitudes, como se mencionó, deberían ser resueltas por la autoridad y acorde al procedimiento establecidos en el artículo 21 de la LAM sobre la base de las consideraciones específicas de cada caso y podrán, de ser oportuno, tomar en cuenta las Directrices o cualquier otro cuerpo normativo similar como *soft law* para su decisión.

De hecho, decisiones locales[60] han aplicado, por considerarlas normas referenciales persuasivas, las Directrices para decidir respecto de solicitudes de recusación por falta de imparcialidad o independencia de árbitros.

7. Sobre la justicia cautelar

El artículo 9 de la LAM reconoce a los árbitros la potestad de dictar medidas cautelares:

> Art. 9.- Los árbitros podrán dictar medidas cautelares, de acuerdo con las normas del [COGEP] o las que se consideren necesarias para cada caso, para asegurar los bienes materia del proceso o para garantizar el resultado de éste [sic.]
> […]
> Para la ejecución de las medidas cautelares, los árbitros siempre que las partes así lo estipularen en el convenio arbitral, solicitarán el auxilio de los funcionarios públicos, judiciales, policiales y administrativos que sean necesarios sin tener que recurrir a juez ordinario alguno del lugar donde se encuentren los bienes o donde sea necesario adoptar las medidas.

60. Decisión de Recusación Santiago Cuesta Caputi, Tribunal Arbitral Independiente, Caso *Chaparro c. Ecuador*, Gaceta Arbitral No. 1 – 2013, 09/08/2011, pp. 336-346.

> Si nada se estableciere en el convenio arbitral acerca de la ejecución de las medidas cautelares, cualquiera de las partes podrá solicitar a los jueces ordinarios que ordenen la ejecución de estas medidas, sujetándose a lo establecido en el párrafo dos (2) y tres (3) de este artículo, sin que esto signifique renuncia al convenio arbitral.

Es así que, contrario a lo que establecen la mayoría de las legislaciones de arbitraje en el mundo, bajo la LAM, los árbitros poseen facultades para dictar medidas cautelares de forma directa apoyándose en las distintas autoridades públicas bajo un sistema abierto, es decir, no taxativo, para proteger la disputa, las partes, el *status quo* del conflicto, para asegurar el resultado del laudo o para no agravar innecesariamente el conflicto.

A simple vista, parecería que el régimen de justicia cautelar de la LAM no presenta una necesidad de reforma dado su avance al respecto. Sin embargo, las particularidades del sistema arbitral pueden provocar que el objeto principal de la justicia cautelar no se cumpla.

7.1. Inconvenientes

Para entender los inconvenientes que el sistema de justicia cautelar en el arbitraje genera, es importante revisar el momento en que las medidas cautelares pueden ser solicitadas.

Como analizamos, la LAM reconoce la facultad de dictar medidas cautelares exclusivamente a los árbitros. Por lo tanto, según la LAM, con la que concordamos conceptualmente en este punto, no sería posible que el director del centro de arbitraje sea quien las dicte antes de la constitución del tribunal arbitral pues esto, además, implicaría que el director del centro de arbitraje tenga jurisdicción para actos distintos a la calificación de la demanda y la citación del demandado, lo cual es inadmisible bajo la legislación ecuatoriana.

Así, las medidas cautelares en arbitraje únicamente podrían ser dictadas luego de que el tribunal arbitral se encuentre constituido y se haya declarado competente. Esto ocurre recién luego de que la etapa prearbitral ha concluido[61]. En este sentido, desde la demanda –en la que en principio se solicitan las medidas cautelares– hasta que la etapa prearbitral concluya, en la práctica transcurre un tiempo considerable, lo que pone en tela de duda la existencia de una justicia cautelar verdaderamente efectiva[62].

Por otro lado, no resulta una solución conveniente que los accionantes recurran a la justicia ordinaria para solicitar medidas cautelares en consideración a que el sistema cerrado de las medidas posibles podría colisionar con la naturaleza del arbitraje.

7.2. Posible solución

En virtud de lo expuesto, consideramos necesario que las medidas cautelares puedan ser dictadas por un árbitro competente antes de la constitución del tribunal arbitral que conocerá la controversia principal.

Para esto, es importante reconocer en el sistema arbitral ecuatoriano al arbitraje de emergencia, bajo el cual sería posible que un árbitro designado temporalmente, que asume competencia solo *prima facie* para determinar la procedencia de las medidas cautelares solicitadas, las ordene antes de la constitución del tribunal arbitral a través de un trámite expedito[63].

---

61. La etapa prearbitral, en nuestro sistema, comprende: presentación de la demanda, citación a la contraparte, contestación de la demanda, reconvención, contestación a la reconvención, mediación obligatoria, designación y posesión de árbitros.
62. H. Escudero Álvarez, F. Jaramillo Intriago, & A. K. Parra, "El arbitraje de emergencia: ¿Una figura aplicable en el sistema arbitral ecuatoriano?", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 9, 2017.
63. Ibídem.

La figura del arbitraje de emergencia no ha sido bien recibida por el Estado ecuatoriano pese a haber obtenido un resultado favorable en su primera experiencia. Lo anterior, por lo expedito de los plazos y las dificultades de reacción del sector público por los procesos internos que deben cumplirse. Muestra de ello es que en las reformas incluidas por la Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo, y Estabilidad y Equilibrio Fiscal al Código Orgánico de la Producción Comercio e Inversiones respecto de arbitraje, se estableció de manera expresa que "[l]as reglas de arbitraje de emergencia no se aplicarán en ningún caso"[64].

Por lo anterior, debemos aclarar que no consideramos que la figura del arbitraje de emergencia debería ser incluida mediante disposición legal sino, más bien, en los distintos reglamentos de los centros de arbitraje, diseñando un proceso adecuado con vías alternativas para las partes que no consientan en su aplicación.

8. Sobre la incompetencia y falta de motivación como causales de nulidad y el efecto de la nulidad del laudo arbitral

El artículo 31 de la LAM establece las causas por las cuales un laudo puede ser susceptible de una acción de nulidad:

> Art. 31.- Cualquiera de las partes podrá intentar la acción de nulidad de un laudo arbitral, cuando:
> a) No se haya citado legalmente con la demanda y el juicio se ha seguido y terminado en rebeldía. Será preciso que la falta de citación haya impedido que el demandado deduzca sus excepciones o haga valer sus derechos y, además, que el demandado reclame por tal omisión al tiempo de intervenir en la controversia;

64. Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo, y Estabilidad y Equilibrio Fiscal, Artículo 37, RO No. 309, 21/08/2018.

> b) No se haya notificado a una de las partes con las providencias del tribunal y este hecho impida o limite el derecho de defensa de la parte;
> c) Cuando no se hubiere convocado, no se hubiere notificado la convocatoria, o luego de convocada no se hubiere practicado las pruebas, a pesar de la existencia de hechos que deban justificarse;
> d) El laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado; o,
> e) Cuando se hayan violado los procedimientos previstos por esta Ley o por las partes para designar árbitros o constituir el tribunal arbitral.

La Corte Constitucional, en sentencias de 19 de noviembre de 2019, ha dilucidado dudas que han atacado a la comunidad arbitral por mucho tiempo referentes: **(i)** a la taxatividad de las causales de nulidad de laudos arbitrales y su alcance, y, **(ii)** las circunstancias en las que debe agotarse la acción de nulidad previo a plantear una acción extraordinaria de protección (en adelante, AEP), en contraste con aquellas en las que puede accionarse directamente la AEP frente al laudo arbitral.

En las Sentencias No. 31-14-EP/19 y No. 323-13-EP/19, específicamente, la Corte aclaró que el artículo 31 de la LAM tiene carácter *numerus clausus* y que, por lo tanto, no cabe intentar acciones de nulidad por causales diferentes a las previstas en dicha disposición[65].

Es importante mencionar en este punto que la causal contenida en el literal d) ha sido interpretada extensivamente por los presidentes de las cortes provinciales en calidad de

65. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 323-13-EP/2019, Caso No. 323-13-EP, 19/11/2019, párr. 31-32, "31. A este respecto, es preciso que la Corte Constitucional efectúe una aclaración, pues *la sentencia constitucional No. 302-15-SEP-CC, determinó que existió vulneración de derechos por parte del juzgador de justicia ordinaria dentro de una acción de nulidad de laudo, por considerar que la falta de competencia y de motivación constituyen causales de nulidad que, aunque no están expresamente contempladas en el artículo 31 de la LAM, deben ser analizadas de oficio durante cualquier acción de nulidad. Así, la Sentencia No. 302-15-SEPCC, estableció: […] 32. Sin embargo, este Organismo se aparta de este criterio por cuanto taxatividad que tienen las causales de la acción de nulidad y que constituyen principio de intervención judicial mínima que precisamente limita injustificada de la justicia ordinaria en el arbitraje* (énfasis añadido)".

jueces de nulidad para cubrir el supuesto de incompetencia del tribunal arbitral.

Frente a esto, y como consecuencia de las decisiones de la Corte Constitucional antes descritas, se estableció de manera clara que la incompetencia del tribunal arbitral ni la falta de motivación son causales contempladas en el artículo 31 de la LAM, dejando claro que dichos supuestos no son accionables por vía de la acción de nulidad, sino exclusivamente mediante una acción extraordinaria de protección[66].

8.1. Inconvenientes

El precedente sentado por la Corte Constitucional, si bien solventa dudas importantes, deja todavía un problema latente que se traduce en que existen dos vías ante dos autoridades distintas para accionar frente a un laudo arbitral. Es cierto que actualmente no existe otra forma distinta a la AEP para revisar las decisiones arbitrales dictadas por tribunales incompetentes o cuyos laudos contengan una falta de motivación, y que es esa la única vía de proteger el derecho de las personas a la defensa y el debido proceso, reconocido en el artículo 76 de la CRE[67].

Es nuestro criterio que la situación vigente atenta contra el principio de uniformidad del ordenamiento jurídico, por lo

66. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 31-14-EP/19, Caso No. 0031-14-EP, 19/11/2019, párr. 41 y 50. "41. A diferencia de la garantía jurisdiccional que nos ocupa, la acción de nulidad fue concebida como un medio de impugnación extraordinario por *errores inprocedendo* en el arbitraje y vicios de *extra petita* en la decisión, relacionados al debido proceso arbitral y establecidos taxativamente en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación como causales de nulidad del laudo. La taxatividad de estas causales se fundamenta en las razones que se explicarán a continuación. […] 50. *Considerando lo expuesto, esta Corte no comparte el criterio vertido en la sentencia N°. 302-15-SEP-CC14, mediante la cual se estableció que el juez que conoce la acción de nulidad del laudo puede resolver sobre causales no previstas en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación*. Según la sentencia referida, dicho juez está al servicio de la satisfacción de los derechos constitucionales en un Estado constitucional de derechos y justicia. Por tanto, *se lo facultó para revisar el laudo por cuestiones como: (i) la falta de competencia del tribunal arbitral por la violación del derecho establecido en el literal k), numeral 7 del artículo 76 de la CRE; y,* (ii) la falta de motivación en el laudo arbitral por la vulneración del derecho previsto en el literal 1), numeral 7 del artículo *ibídem* (énfasis añadido)".
67. Constitución de la República, N. 13, Artículo 76.

que una reforma al sistema actual que tome una de las dos vías para todas las causales que sean consideradas resulta primordial. Consideramos que, teniendo en cuenta la práctica local, la alta carga de trabajo de la Corte Constitucional y el mismo hecho de que los presidentes de cortes provinciales actualmente analizan violaciones del proceso arbitral y/o laudo al derecho a la defensa y debido proceso en relación con las causales a), b) y c) del artículo 31 de la LAM, son estos quienes, mediante la acción de nulidad, deberían conocer todas aquellas acciones a ser propuestas frente a laudos arbitrales, lo que permitiría su especialización al respecto, así como la consistencia y predictibilidad de sus decisiones.

Sin embargo, la posible revisión de la competencia de un tribunal arbitral por un órgano judicial no es pacífica. Doctrinariamente, se ha disputado si debiera existir esta revisión o *second look* a la decisión de competencia del tribunal. La original doctrina alemana del *kompetenz-kompetenz* sostenía que la decisión sobre la competencia es única y exclusiva del tribunal arbitral por lo que la decisión al respecto no podría ser revisada por el tribunal ordinario[68]. Al respecto, podría sostenerse que la LAM siguió esta tendencia al no incluir a la incompetencia como causal de nulidad del laudo arbitral.

Sin embargo, actualmente, la doctrina alemana del *kompetenz-kompetenz* aboga en pro de que el tribunal arbitral sea el primero en revisar su competencia, sin perjuicio de que una corte ordinaria lo haga con posterioridad[69]. La Ley Modelo CNUDMI, sobre la que se basó la LAM, ha tomado este último enfoque al reconocer en su artículo 34(b)(i) a la inarbitrabilidad de la materia como causal de anulación del laudo[70]. Cabe recalcar que la ley alemana de arbitraje ha

68. J. Barceló III, "Who Decides the Arbitrators' Jurisdiction? Separability and Competence-Competence in Transnational Perspective", *Cornell Law Faculty Publications,* p. 1131.
69. Ibídem, p. 1124.
70. Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985 con enmiendas de 2006), Artículo 34(b)(i).

abandonado el modelo original antes descrito optando por adaptarse a la Ley Modelo CNUDMI. Algo similar ocurre con la Convención de Nueva York que, en su artículo (V)(2)(a), reconoce a la inarbitrabilidad de la materia como una causa para denegar la ejecución de un laudo arbitral extranjero. Las legislaciones de Chile y Colombia, que también se han adaptado a la Ley Modelo CNUDMI reconocen a la inarbitrabilidad como causal de incompetencia. La doctrina ecuatoriana[71] también ha considerado necesaria una reforma al respecto ampliándola a una causal de incompetencia que incluya, además de la arbitrabilidad, la competencia en razón de la persona y voluntad.

Más allá de la autoridad que conozca la acción de nulidad y considerando la importancia de que perfeccione su conocimiento en materia arbitral, creemos que resulta ventajoso incluir una causal de incompetencia en la LAM, no solo porque las tendencias mundiales en arbitraje así lo apuntan, sino porque el ser juzgado por autoridad competente es un derecho reconocido expresamente en el artículo 76 de la CRE, y parece razonable que una decisión de esta importancia pueda ser revisada en caso de que el tribunal arbitral haya errado en su análisis al respecto.

Análisis aparte merece el tema relacionado con la inclusión de la falta de motivación como causal de nulidad del laudo arbitral bajo la LAM. Esto por cuanto, diferente a lo establecido respecto de la causal de incompetencia, el derecho comparado en materia de arbitraje, mayormente, se ha alejado de esta posibilidad, principalmente por miedo a que, en su nombre, se pretenda una revisión del fondo del laudo que, como conocemos, es ajena a la naturaleza de la acción de nulidad. De hecho, la Ley Modelo CNUDMI ni la Convención de Nueva York reconocen causal alguna que apunte a una falta de

71. V. Centeno, A. Morales & R. Sánchez, "Falta de competencia del Tribunal Arbitral como causal de nulidad del laudo", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 9, 2017.

motivación de la decisión del tribunal arbitral, limitándose en sus respectivos artículos 34(b)(ii) y V(2)(b) al incumplimiento del orden público como causal.

Sin embargo, por ejemplo, el Convenio CIADI, en su artículo 52, establece como causales de anulación de laudos circunstancias en las que "el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades"[72] o "que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde"[73]. Asimismo, el Código de Procedimiento Civil belga establece la falta de motivación como causal de nulidad del laudo[74]. Así también, el *Federal Arbitration Act* de Estados Unidos establece que se puede anular un laudo cuando los árbitros han excedido sus facultades, "o las han ejercido de forma tan imperfecta que un laudo mutuo, final y definitivo no tuvo lugar"[75].

Como puede verse, las normas y legislaciones que han adoptado la falta de motivación o manifiesto exceso de poder como causal de nulidad han sido cautelosas en su redacción, dejando claro que el estándar para alcanzarla es alto y se da en casos realmente excepcionales. Asimismo, las cortes que interpreten esta causal deben ser celosas en su aplicación para evitar que mediante esta causal se pretenda revisar el fondo del laudo.

Es justamente esta la mayor limitante para incluir esta causal puesto que como señala Lalive:

> [p]ero puede no ser fácil trazar la línea entre los motivos de apelación (una revisión del fondo) y un procedimiento de anulación propiamente dicho. Siendo que las partes que se oponen a la anulación rápidamente alegarán, como una especie de inevitable 'Leit-motiv', que el reclamante,

72. Convenio CIADI, Artículo 52(1)(b).
73. Ibídem, Artículo 52(1)(b).
74. Código de Procedimiento Civil de Bélgica, Artículos 1704.2.i-j, en O. Van Der Haegen, "Two recent Belgian cases on the review of motivation of arbitral awards at the annulment and enforcement stages", Kluwer Arbitration Blog , 2012.
75. Federal Arbitration Act, Sección 10(a)(4).

ya sea estatal o inversor, de hecho está presentando una apelación disfrazada[76].

Consideramos que, aunque esta problemática puede ser real, más aún cuando jueces de nulidad en el pasado han anulado laudos por estar en desacuerdo con la motivación del tribunal arbitral[77], esto no debe impedir que la legislación avance en el sentido que debe hacerlo.

Ciertamente, no es un tema pacífico y, aunque los autores se inclinan por negar la posibilidad de incluir la causal de falta de motivación dentro de la LAM, es innegable que el tema será igualmente discutido en sede constitucional por lo que, como se señaló anteriormente, sobre la base del principio de uniformidad, consideramos que es preferible que todas las acciones frente al laudo arbitral se concentren en una sola vía ante una sola autoridad que, a nuestro criterio, deberían ser los presidentes de las cortes provinciales. En ese caso, los autores consideran que la causal, de ser incluida, debe tener un alcance muy limitado y claro para evitar los problemas antes descritos.

Finalmente, el artículo 31 de la LAM omite pronunciarse sobre las consecuencias de la declaratoria de nulidad para cada una de las causales que pueden ser invocadas, lo que genera

76. P. Lalive, "On the Reasoning of International Arbitral Awards", *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 1, No. 1, 2010, p. 58.
77. *Liga Deportiva Universitario de Loja c. Compañía Centro de Radio y Televisión, Cratel S.A.*: "En cuanto a la causal de nulidad determinada en el literal d) del artículo 31 de la LAM, es válida cuando "el laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado", lo que también abarca cuando el Tribunal Arbitral ha ejercido su labor con exceso o con defecto y no solo cuando hay vicios de incongruencia entre lo reclamado por el actor y las excepciones del demandado. Precisamente, en el caso que nos ocupa, y una vez revisado el laudo, objeto de análisis, el Tribunal Arbitral ha ejercido su labor con defecto, en la medida en que el contenido de la Cláusula Segunda del Contrato de Cesión de Derechos en el numeral 4to., dice: "Las transmisiones televisivas se efectuarán en directo, salvo caso de fuerza mayor o caso fortuito, según definición del Código Civil que lo impida", por tanto, a más de las causales de terminación del contrato establecidas en la Cláusula Décima Quinta del Contrato de Cesión de Derechos, se determina en la citada Cláusula, un motivo más, en virtud del cual podría incumplirse con el Contrato, sin que medie la voluntad de cualquiera de las partes, esto es el caso de fuerza mayor o caso fortuito, lo cual, no ha sido considerado por el Tribunal Arbitral, que estaba en la obligación jurídica de analizar tal figura jurídica, a fin de cumplir con la garantía de la motivación".

inseguridad jurídica sobre los pasos a seguir –si acaso existen– una vez que un laudo arbitral es declarado nulo.

8.2. Posibles soluciones

Frente a los inconvenientes planteados, existen tres posibles soluciones, que deben acogerse de manera conjunta:

(i) Respecto a la incompetencia del tribunal, consideramos importante que el artículo 31 de la LAM incluya como causal de nulidad aquellos casos en los que la materia sobre la que se emitió el laudo es inarbitrable, sin perjuicio de incluir como causal a la incompetencia en razón de la persona y de la voluntad.

(ii) En relación con la falta de motivación, aunque conceptualmente no recomendamos su inclusión, dado su carácter de garantía del debido proceso y derecho a la defensa y su tratamiento bajo el ordenamiento jurídico ecuatoriano, consideramos su incorporación con un alcance limitado.

(iii) Con respecto a las consecuencias de la declaratoria de nulidad, en virtud del principio de preservación del proceso, se recomienda lo siguiente:

(a) Para la primera causal, que incluiría las letras a), b) y c) del actual artículo 31 de la LAM, se sugiere la retrotracción de efectos hasta el momento en que se incurrió en la causal –una suerte de nulidad del proceso–, teniendo que tramitar el procedimiento desde ese punto un nuevo tribunal arbitral.

(b) Para la actual causal d), referente a los vicios de *extra* y *ultra petita* se recomienda que el artículo 31 deje claro que, en estos casos, cabe una nulidad parcial del laudo, respecto de aquello otorgado en demasía –en el caso de *ultra petita*–, de aquello no solicitado y

otorgado por el tribunal arbitral –en el caso de *extra petita*–, o resolviendo el nuevo tribunal aquello que se omitió resolver en el laudo –en el caso de *citra petita*– dejando intacta la parte no incongruente del laudo.

(c) Para la actual causal e), se recomienda la retrotracción de los efectos hasta el momento de designación del tribunal con el fin de que se vuelva a designar a los árbitros de conformidad con el convenio arbitral, el reglamento del centro o la ley.

(d) Para la nueva causal de incompetencia –sea en razón de la materia, persona o voluntad– se recomienda que se declare nulo todo el proceso a fin de que las partes ejerzan su derecho potestativo alternativo –al generar únicamente cosa juzgada formal– de volver a demandar en sede arbitral dentro de los límites de la competencia del tribunal –de ser posible– o accionar la vía ordinaria.

(e) Para la nueva causal de motivación, en caso de ser incluida, recomendamos que la ley deje claro que deberá designarse un nuevo tribunal arbitral que deberá emitir un laudo motivado en mérito de los autos.

9. Conclusiones

A lo largo de este trabajo se ha hecho una revisión sobre instituciones contenidas en la LAM que, o bien han nacido obsoletas por la falta de familiaridad del legislador ecuatoriano con el funcionamiento del arbitraje, o bien se han estancado en relación a su dinamismo y consecuente evolución. De esta manera, la LAM presenta un procedimiento ritualista y poco adaptado a las necesidades de agilidad y flexibilidad de quienes prefieren el arbitraje como mecanismo de solución de conflictos.

Entre los problemas tratados se encuentran:

(i) Los plazos no adecuados para el ejercicio del derecho a la defensa y el otorgamiento de potestades jurisdiccionales a los directores de los centros de arbitraje. Frente a esto, se ha propuesto que el proceso arbitral inicie con una notificación o solicitud de arbitraje, que se extienda el término para la presentación de la contestación a la demanda y, de ser el caso, la reconvención, o que se eliminen de la LAM los plazos para presentar la contestación y reconvención, dejando su determinación a los reglamentos de arbitraje.

(ii) La excesiva rigurosidad exigida para la celebración de convenios arbitrales válidos y la indeterminación de su naturaleza. Al respecto, se ha planteado adaptar sistemáticamente el ordenamiento jurídico a lo dispuesto por la Convención de Nueva York en lo referente al requisito de escrituración del convenio arbitral o adoptar cualquiera de las opciones contenidas en la Ley Modelo CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (2006), que arrojarían mayores luces sobre la naturaleza de la formalidad de escrituración exigida para los convenios arbitrales.

(iii) La noción constitucional y legal de materia transigible como criterio de arbitrabilidad. Sobre esto, se ha propuesto la adopción de una presunción a favor de la arbitrabilidad de las controversias privadas y la eliminación de la noción de transigibilidad como criterio de arbitrabilidad objetiva de las normas constitucionales y legales o, por lo menos, una interpretación que matice su alcance.

(iv) La rigidez del procedimiento arbitral dada por la supletoriedad directa de normas adjetivas ritualistas. Ante este problema, hemos propuesto una fusión del sentido de los artículos 37 y 38 de la LAM para dar prevalencia al acuerdo de las partes, a las reglas dictadas por el tribunal arbitral en atención al caso concreto y a las fuentes

autocontenidas del sistema arbitral frente a la aplicación de la norma procesal común. Adicionalmente, hemos sugerido la implementación de la celebración de una conferencia para determinar la forma de conducción del procedimiento arbitral que culmine en la suscripción de un acta de misión o similar y la fijación de un calendario procesal.

(v) La inadecuación del sistema de causales de excusa y recusación recogido por la LAM. Hemos considerado que, frente a este inconveniente, que desconoce la naturaleza y particularidades de la institución arbitral, se debe adoptar un estándar objetivo de razonabilidad. Este serviría para establecer si una determinada circunstancia debe ser revelada o si debe ser motivo para que un árbitro se excuse o las partes lo recusen. Además, este criterio de razonabilidad para la revelación de circunstancias que podrían comprometer la independencia e imparcialidad del árbitro, a nuestro criterio, debe mantenerse a lo largo de todo el procedimiento arbitral hasta la emisión del laudo y servirá para que la autoridad que conozca de una potencial recusación, la resuelva.

(vi) La desnaturalización de la justicia cautelar al no ser capaz de proteger la disputa, preservar el *status quo* del conflicto, asegurar el resultado del laudo ni prevenir una innecesaria agravación del conflicto. Frente a esto, se ha sugerido la implementación de un sistema de arbitraje de emergencia mediante el cual, mediante un trámite expedito, un árbitro designado temporalmente podrá asumir competencia para determinar la procedencia de las medidas cautelares solicitadas.

(vii) La insuficiencia de la regulación de la nulidad de laudos arbitrales. Ante esto, hemos propuesto, con ciertos matices, la inclusión de tres causales de nulidad a ser conocidas también por el presidente de la Corte Provincial correspondiente: **(i)** inarbitrabilidad de la

controversia, **(ii)** incompetencia en razón de la persona y de la voluntad y **(iii)** falta de motivación del laudo. Además, hemos sugerido la regulación de los efectos de la nulidad los cuales, dependiendo de la causal específica en que se funde, deberán consistir en la retrotracción del procedimiento hasta el momento en que se incurrió en la causal, preservación únicamente de la parte congruente del laudo, nulidad de todo el proceso o conformación de un nuevo tribunal arbitral.

Como se ha visto, las dificultades aquí abordadas demandan una reforma que no es solo conveniente sino imperativa, pues el estado actual de las instituciones procedimentales de la justicia arbitral, además de las dificultades prácticas que comporta para el desenvolvimiento de los procedimientos arbitrales, entorpece la evolución de la academia, que se ha estancado tratando de resolver problemas que, en otros lugares de la región y del mundo, han sido superados mediante un mejor entendimiento de las características esenciales del arbitraje, sus instituciones, su desarrollo, pero, sobre todo, su fundamento.

ECIJA GPA

Uno de los mejores despachos legales multidisciplinares e independientes del mercado ecuatoriano

Más de 600 profesionales
26 oficinas a nivel mundial
Presencia en 15 países

info.ecuador@ecija.com

Av. 12 de Octubre N26-97
y Abraham Lincoln,
Ed. Torre 1492, Piso 10
Quito - Ecuador
Tel: + (593-2) 2986528/29/30/31

Av. Numa Pompilio Llona s/n,
Puerto Santa Ana
Ed. The Point, Piso 8, oficina 806
Guayaquil - Ecuador
Tel: (+593 4) 3883007

3. Sección

Ensayos Libres

Arbitraje en la contratación pública y autorización de la Procuraduría General del Estado

*Juan Pablo Aguilar Andrade**

Recibido/Received: 31/07/2020
Aceptado/Accepted: 16/09/2020

Sumario: 1. Introducción. **2.** Contratación pública. **3.** Consecuencia de la falta de autorización de la Procuraduría General del Estado. **4.** La cláusula arbitral como texto sin importancia.

Resumen: La Constitución de la República del Ecuador exige, como requisito para la validez de compromisos arbitrales incluidos en contratos administrativos, la autorización previa de la Procuraduría General del Estado. Este artículo analiza el alcance de esa norma, cuáles son los contratos a los que se refiere la misma y cuál es el alcance del término contratación pública que utiliza; las consecuencias de la falta de autorización de la Procuraduría y varios temas que giran alrededor de ellas, completan el análisis.

Palabras Clave: arbitraje, contratos administrativos.

---

* Profesor titular en el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Máster en Derecho Administrativo por la Universidad San Francisco de Quito. Correo electrónico: jaguilar@usfq.edu.ec

J. P. Aguilar Andrade, "Arbitraje en la contratación pública y autorización de la Procuraduría General del Estado", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 11, 2020, pp. 219-236.

ISSN: 2600-5611 / e-ISSN: 2600-562X
DOI: 10.36649/rea1108

Arbitration in public contracts and authorization of the Attorney General of the State

Abstract: The Constitution of the Republic of Ecuador demands, as a requirement for the validity of arbitration clauses included in administrative contracts, the prior authorization of the State Attorney General's Office. This paper analyzes the implications of this norm, the contracts to which it refers, and the scope of the words "contratación pública"; the consequences of the lack of authorization from the Attorney General's Office and various topics related to them, complete the analysis.

Keywords: arbitration, public contracts.

1. Introducción

En el número 4 de esta revista[1] me referí a ciertos temas vinculados con el arbitraje y la Administración Pública, entre ellos, el relacionado con la autorización previa de la Procuraduría General del Estado para pactar compromisos arbitrales; sostuve entonces que la referida autorización era un requisito indispensable para la validez del pacto arbitral en el ámbito de la contratación pública.

Desde entonces, aunque sigue sin ser un criterio compartido, me parece que es el que mayoritariamente sostienen los tribunales arbitrales. La Corte Nacional de Justicia lo considera también adecuado y sostiene que omitir la autorización de la Procuraduría General del Estado "deviene

1. J. P. Aguilar Andrade, "Tres temas sobre arbitraje y Administración Pública", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 4, 2012.

en ineficacia de la cláusula compromisoria y del laudo arbitral que en virtud de ella dicten los árbitros"[2].

En las líneas siguientes no pretendo volver sobre lo ya dicho, sino enfocar dos aspectos que quedaron meramente enunciados en esa oportunidad y sobre los que considero importante profundizar: qué debemos entender por contratación pública y cuál es la consecuencia de que un contrato contenga una cláusula arbitral que no ha sido previamente autorizada por la Procuraduría General. Esto último me permitirá reflexionar sobre un tema adicional: el poco cuidado que en nuestra cultura jurídica se da a la redacción de los contratos y, en particular, a las cláusulas relativas a controversias.

2. Contratación Pública

El segundo inciso del artículo 190 de la Constitución de la República dispone que, en la contratación pública, procede "el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley". Sostengo que la exigencia del pronunciamiento favorable se refiere a todos los casos de contratación pública y no únicamente a aquellos en los que la ley se refiera expresamente al requisito.

Pero, siendo así, es preciso responder al menos dos preguntas, para delimitar adecuadamente el alcance del mandato constitucional: ¿qué debemos entender por contratación pública? ¿Las entidades públicas pueden pactar arbitraje únicamente en el ámbito de la contratación pública?

Para responder la primera pregunta se puede escoger un enfoque amplio o uno restrictivo. Este último considera que,

2. Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil, Sentencia en la Causa No. 17711-2016-0049, 26/01/2017.

en el Ecuador, la contratación pública es, exclusivamente, la regulada por la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública[3], pues es en ella que se establece un Sistema Nacional de Contratación Pública que abarca un grupo específico de contratos: adquisición de bienes, ejecución de obras, prestación de servicios y arrendamiento. Es a estos contratos a los que se refiere el artículo 6(5) de la ley citada para definir contratación pública y son ellos los que el artículo 60 califica como administrativos.

Este enfoque me parece incorrecto, pues deja de lado conceptos elementales del Derecho Administrativo y de lo que en el Ecuador hemos preferido llamar contratación pública.

En efecto, las definiciones del artículo 6 de la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública no pueden entenderse como de carácter general sino como necesarias para la aplicación de ese cuerpo normativo. De hecho, ahí constan términos como delegación[4] o consultor[5], que tienen un significado diferente fuera del ámbito de la ley citada.

Doctrinariamente, y en la práctica, se utilizan términos como contratación pública o contratación administrativa, para referirse a contratos celebrados por entidades públicas, en los que estas últimas actúan revestidas de poderes de autotutela, expresados en las llamadas cláusulas exorbitantes. Los denominados contratos públicos, o administrativos, son esencialmente contratos, pero la participación de un ente administrativo con competencias de autotutela en la ejecución contractual, introduce en ellos eso que García de Enterría y

3. Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública, RO (S) No. 395, 04/08/2008.
4. Para el Código Orgánico Administrativo, la delegación comprende más que la transferencia de competencias de un superior a un inferior y no involucra, necesariamente, a la máxima autoridad. RO (S) No. 31, Artículos 69 y siguientes, 07/07/2017.
5. El Código Orgánico del Ambiente habla de consultores para referirse, no a quienes celebran los contratos de consultoría regulados por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, sino a quienes asesoran a personas de derecho privado. RO (S) No. 983, Artículo 180, 12/04/2017.

Fernández llaman modulaciones de la institución contractual[6], que afectan la igualdad de los contratantes y confieren a la Administración poderes no reconocidos a su contraparte, justificados por la necesidad de proteger el interés colectivo.

Así lo ha entendido nuestra jurisprudencia. El viejo Tribunal Constitucional, por ejemplo, sostuvo que los contratos administrativos están caracterizados porque la Administración, como contratante, "actúa en beneficio del interés general, lo que permite el ejercicio de potestades extraordinarias que emanan del ordenamiento jurídico y que no tienen equivalente en el Derecho Privado, toda vez que la Administración se coloca en una situación de privilegio frente al administrado, que la habilita a ejercitar prerrogativas que, entre iguales y tratándose de un contrato celebrado a la luz del derecho civil, no tendrían cabida"[7].

Igual criterio mantuvo la Corte Suprema de Justicia y sostiene el Tribunal Contencioso Electoral, que consideran las cláusulas exorbitantes como elemento característico de la contratación administrativa[8].

Prefiero dejar de lado lo dicho por la autoproclamada Corte Constitucional para el Período de Transición, según la cual la contratación pública es "la relación contractual del Estado con las entidades del sector público y privado, relacionadas, por ejemplo, con licitaciones, concurso públicos de ofertas, etc."[9]. No pasa de ser un pobre y lamentable criterio, que no suscribiría nadie que haya leído medianamente un texto de contratación pública; siguiendo esta peregrina idea, que por

6. E. García De Enterría & T. R. Fernández, *Curso de Derecho Administrativ*o, Tomo I, Civitas, 2001, p. 681.
7. Tribunal Constitucional, Resolución en los Casos 0008-06-TB y 0010-06-TC, 31/08/2006, RO (S) No. 350, 06/09/2006.
8. Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 292, 19/11/2003, RO No. 318, 21/04/2004. Tribunal Contencioso Electoral, Sentencia 020-2009, 19/02/2009, RO No. 130 (edición especial), 22/06/2009.
9. Corte Constitucional para el Período de Transición, Sentencia interpretativa 001-09-SIC-CC, 13/03/2009, RO (S) No. 549, 16/03/2009, Juez ponente, Roberto Bhrunis Lemarie.

cierto no define nada, serían contratos públicos los que han sido previamente licitados, concursados, etc.; ¿no entrarían en esa categoría, entonces, los que se celebran sin procedimiento previo, por estar sometidos a un régimen de excepción?

Conviene recordar que la Procuraduría General del Estado, mediante oficio circular 9258 de 15 de septiembre de 2009, usó esta sentencia como punto de partida para ratificar su criterio en el sentido de que su autorización es necesaria para el caso de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Aunque esta es una manera generosa de entender un pronunciamiento por demás confuso, queda claro que para la Procuraduría General, cuando se trata de la ley citada, la autorización previa es necesaria; deja sin resolver, sin embargo, el caso de los contratos administrativos regulados por leyes distintas a la Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Como se verá más abajo, con posterioridad la Procuraduría matizó este criterio, considerando el caso especial de las personas de derecho privado sometidas a la ley indicada.

Pero dejando de lado lo dicho por la Corte Constitucional para el Período de Transición, lo que sostiene nuestra jurisprudencia empata plenamente con el concepto de contrato administrativo del artículo 125 del Código Orgánico Administrativo, que lo concibe como aquel en el que interviene una persona que "ejerce una función administrativa", esto es, que no actúa en pie de igualdad con su cocontratante, sino que tiene sobre él poderes propios de una autoridad administrativa; una vez más, la autotutela y las cláusulas exorbitantes, como elementos definidores.

El texto constitucional debe entenderse a partir del concepto[10] y no de las palabras utilizadas; en caso

10. Código Orgánico Administrativo, N. 4, Artículo 125.

contrario, bastaría con derogar la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública y dictar una de procedimientos precontractuales o de contratos administrativos, para que el artículo 190 de la Constitución pierda sentido[11]. Obviamente, no es admisible que un simple cambio de terminología anule un mandato constitucional.

La referencia a la contratación pública que contiene el artículo constitucional incluye, entonces, no solo los contratos regulados por la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública, sino todos aquellos en los que la ley ha asignado potestades de autotutela a la Administración contratante; buen ejemplo son, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, los contratos de exploración y explotación de hidrocarburos y las concesiones.

Ahora bien, de lo anterior se desprende que no todo contrato que celebren las entidades públicas es un contrato administrativo, pues hay casos en que la Administración contrata según las reglas del derecho privado, en pie de igualdad y sin privilegio de autotutela; ejemplos, en el Ecuador, son el contrato de trabajo, el de comodato, el de seguros y el de fideicomiso.

Puesto que el segundo inciso del artículo 190 de la Constitución se refiere exclusivamente a la contratación pública, ¿deberíamos entender que no es posible pactar arbitraje en contratos como los últimamente señalados?

Pienso que no.

Lo que hace el citado artículo 190 es reconocer la mediación y el arbitraje como procedimientos adecuados para la solución de conflictos, "en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir", y remitir los casos concretos a las leyes sobre

11. Constitución de la República del Ecuador, Artículo 190, RO No. 449, 20/10/2008.

la materia. La referencia a la contratación pública se hace, exclusivamente, para disponer que en ese caso el arbitraje será en derecho y requerirá la autorización de la Procuraduría General del Estado, pero en ningún momento se dice que el arbitraje solo procede en el ámbito de la contratación pública.

Conforme lo anterior, hay una autorización constitucional para pactar arbitraje en contratos públicos o administrativos y, para los demás casos, se reconoce la posibilidad de hacerlo conforme lo previsto por la ley.

El mandato legal en relación con la posibilidad de que las entidades públicas pacten arbitraje consta en el artículo 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación[12], y no establece más limitación que el carácter contractual de las relaciones a las que se refiera la controversia.

En consecuencia, la Constitución reconoce la posibilidad de recurrir al arbitraje como medio de solución de controversias, la Ley de Arbitraje y Mediación autoriza hacerlo a las entidades públicas cuando se trate de temas contractuales y la Constitución dispone que, si esos contratos son contratos públicos o administrativos, el arbitraje debe ser en derecho y es necesario contar con la autorización de la Procuraduría General del Estado.

En otras palabras, si la Administración celebra contratos que se someten a las mismas reglas que los que se celebran entre particulares y, por ende, no puedan calificarse como administrativos, puede pactar arbitraje sin necesidad de contar con la autorización de la Procuraduría General.

12. Ley de Arbitraje y Mediación, Artículo 4, RO No. 417, 14/12/2006.

3. Consecuencia de la falta de autorización de la Procuraduría General

¿Qué ocurre si se pacta arbitraje sin contar con la autorización de la Procuraduría General del Estado? En el trabajo que cité al inicio sostuve que, conforme el artículo 1698 del Código Civil, el convenio arbitral sería nulo por carecer de un requisito constitucionalmente establecido para su validez[13].

Este argumento, que como se vio es también el de una de las salas de la Corte Nacional de Justicia, sigue sin ser aceptado por quienes consideran que la nulidad de la cláusula arbitral pactada por una entidad pública, está regida por reglas propias y que estas constan en el artículo 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

Me parece, sin embargo, que las reglas especiales de nulidad aplicables a cláusula arbitral, no pueden considerarse como exclusivas a menos que se lo diga expresamente y, por lo tanto, no derogan, con su sola existencia, las reglas generales.

Así lo estableció en su momento la Corte Suprema de Justicia al conocer un caso en el que una de las partes argumentaba que los contratos administrativos tenían reglas propias de nulidad (en ese entonces el artículo 382 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control[14]) y no les eran aplicables las regulaciones que sobre la materia contenía el Código Civil. La Corte, sin embargo, consideró que se debe admitir "por sana lógica que, en efecto, la validez de un contrato celebrado por el Estado o por otra persona de derecho público también puede verse afectada por estas causas [se refiere a las contempladas en el Código Civil], que tienen un carácter

13. J. P. Aguilar Andrade, N. 1, p. 87.
14. Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, Artículo 382, RO No. 337, 16/05/1977.

general, previo, indispensable y que, sin duda, se refieren a situaciones jurídica y éticamente mucho más graves"[15].

Pero aun cuando esto no fuera así, la falta de autorización de la Procuraduría General está incluida, sin duda, en el artículo 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación. Esto porque la letra d) de ese artículo incluye, como causal de nulidad del convenio arbitral el hecho de que este haya sido suscrito por quien no está autorizado para contratar a nombre de la entidad pública que corresponda. Si la Constitución exige, para pactar arbitraje, que quien lo haga esté autorizado por la Procuraduría General, no cabe duda que quien suscribe el convenio arbitral sin esa aquiescencia, no está autorizado para hacerlo y, por ende, se configura la causal a la que se ha hecho referencia.

Conviene, sin embargo, enfocar el tema desde el punto de vista del contratista que celebra un contrato que incluye un pacto arbitral y que, al momento de presentar la demanda, encuentra que ese pacto no contó con la autorización de la Procuraduría General. ¿No hay aquí una afectación a la confianza legítima?

Hay quien sostiene que sí. El contratista, se dice, supone que un pacto arbitral está en un contrato porque la Administración ha cumplido con los requisitos necesarios para incluirlo; esto, con más razón, si se toma en cuenta que los contratos administrativos son de adhesión, sus términos son los establecidos por la entidad contratante y no cabe negociar su contenido. Se cita, para sustentar este criterio, el inciso final del artículo 22 del Código Orgánico Administrativo, según el cual los "derechos de las personas no se afectarán por errores

15. Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, Gaceta Judicial, Serie XVII, Número 2, p. 347, 28/10/1999.

u omisiones de los servidores públicos en los procedimientos administrativos"[16].

Creo, sin embargo, que se trata de una norma que no se aplica al caso que nos ocupa. En efecto, el principio de confianza legítima tiene que ver con la necesidad de que la Administración respete los derechos conferidos a los particulares en virtud de actos administrativos, sin que le sea dable dejarlos sin efecto por la existencia de irregularidades que son el resultado de las omisiones o errores cometidos por los servidores públicos que tenían a su cargo el procedimiento; los particulares, entonces, confían en la legalidad de los actos administrativos y no cabe que estos últimos puedan ser dejados sin efecto, y sus derechos afectados, por fallas de los funcionarios administrativos.

Un convenio arbitral no es un acto administrativo que genera derechos, sino el resultado de un acuerdo que establece reglas de comportamiento futuro y, claro, derechos y obligaciones. Estos derechos, sin embargo, no son conferidos por la Administración, sino que son resultado del acuerdo entre las partes.

Me referiré más adelante a lo que esto implica para el contratista. Por ahora, es necesario tomar en cuenta que el principio de confianza legítima sí es aplicable cuando los hechos o los pronunciamientos de la Administración, generen en el particular algún tipo de certeza sobre lo que puede esperarse en determinados casos. Si nos concentramos en la autorización de la Procuraduría General para pactar arbitraje, se puede hablar de confianza legítima cuando, expresamente o por medio de actuaciones concretas, la Administración ha hecho evidente que considera que hay casos que no requieren esa autorización.

16. Código Orgánico Administrativo, N. 4, Artículo 22.

Hay un buen ejemplo de lo dicho, surgido de un pronunciamiento expreso de la Procuraduría General del Estado, por medio del cual estableció que, cuando las entidades contratantes sometidas a la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública sean personas jurídicas de derecho privado, la autorización para pactar arbitraje no será necesaria[17]. Si el propio ente encargado de conceder la autorización sostiene que no debe darla en determinados casos, no es admisible que este requisito sea exigido por los árbitros ni, peor aún, alegado por el contratante.

El principio aplicable en caso de que un contratista demande a partir de un convenio arbitral que no fue autorizado por la Procuraduría General, sería aquél en virtud del cual no debe escucharse a quien alega su propia torpeza o, recurriendo al brocardo, *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. La entidad contratante, entonces, no puede alegar la falta de la autorización que a ella le correspondía obtener, al intervenir en un arbitraje.

La existencia o no de la autorización de la Procuraduría General es un requisito cuyo cumplimiento debe constatar el árbitro o el tribunal arbitral a cargo de conocer la demanda. Esto porque hacer el análisis que le lleve a resolver sobre su propia competencia es la primera obligación de los árbitros, tal como lo manda el artículo 22 de la Ley de Arbitraje y Mediación[18]; cuando la demanda se refiera a un contrato administrativo, entonces, los árbitros están obligados a constatar si se cuenta o no con la autorización requerida por el artículo 190 de la Constitución de la República, aunque esto no haya sido alegado por el demandado[19].

17. Procuraduría General del Estado, Oficio No. 08823, 09/12/2016.
18. Ley de Arbitraje y Mediación, N. 10, Artículo 22.
19. Constitución de la República, N. 11, Artículo 190.

Ahora bien, esto nos lleva de vuelta al caso en que la persona adjudicada con un contrato la que revisa el proyecto que consta en los documentos precontractuales, se topa con una cláusula arbitral, sin ninguna indicación sobre la existencia de una autorización de la Procuraduría General del Estado para que la misma conste en el instrumento. ¿Debe el particular confiar, simplemente, en que esa autorización existe? ¿Puede argumentar que el texto de la cláusula, por sí solo, generó en él la confianza de que la vía de solución de controversias sería el arbitraje y que la entidad contratante había cumplido los requisitos necesarios para pactarlo?

No se trata, me parece, como se ha sostenido en algunos casos, de que el particular se niegue a suscribir el contrato mientras no se cuente con el pronunciamiento de la Procuraduría. El tema no tiene que ver con lo que parece desprenderse de esta afirmación: esa idea según la cual el arbitraje sería superior a la hora de resolver las controversias contractuales y habría el derecho a exigir que se lo incluya en el contrato.

Los contratos administrativos son contratos de adhesión, configurados conforme con las necesidades públicas que se pretende satisfacer; el particular no puede negociar sus condiciones pero sí evaluar la conveniencia de aceptarlas y, si opta por celebrar el contrato, deja en claro que las considera adecuadas y por eso se compromete a cumplirlas.

En realidad, el arbitraje no es por sí solo más o menos adecuado que el recurso a la justicia estatal; es dentro de la definición de una estrategia determinada, de la evaluación de las condiciones particulares del contrato y de las partes que en él intervienen, que puede resultar conveniente o no. En esta medida, quien busque celebrar un contrato con una entidad pública debe, si esta última ha propuesto un pacto arbitral, analizar si ese pacto resulta o no conveniente para

su caso particular y, de no serlo, renunciar a intervenir en el contrato, de la misma manera que lo haría si considera que las exigencias técnicas de la obra, o determinadas condiciones de una provisión de bienes, no le resultan adecuadas.

En esta medida, si la inclusión de una cláusula arbitral se convierte en una estipulación que el potencial contratista considera indispensable, deberá retirarse de cualquier procedimiento que no la incluya o que, incluyéndola, no permita conocer si se han cumplido los requisitos necesarios para que la cláusula surta efectos.

No se trata, obviamente, de buscar una negociación que la contratación pública no acepta, sino de hacer las consultas necesarias para llenar los vacíos o corregir las imprecisiones que puedan existir en la estipulación y, obviamente, conocer si existe la autorización del Procurador General. La forma en que la entidad contratante conteste o evada la pregunta, o el hecho de que afirme contar con la autorización sin presentarla, permite al potencial contratista tener la certeza, o casi la absoluta seguridad, de que la cláusula que tiene ante sí es o no ejecutable. En otras palabras, de lo que se trata es de contar con información suficiente para evaluar la conveniencia o no de aceptar los términos del contrato, tal como han sido presentados por la contratante.

Pero un contratista serio y conocedor de su negocio, y se supone que los que pretenden contratar con la Administración deben serlo, tiene que estar consciente de la consecuencia de pactar una cláusula sin tener la certeza de su validez (lo que incluye, para el caso que nos ocupa, haber visto la autorización de la Procuraduría) o con la seguridad de que la incluida en el contrato es una cláusula inejecutable. Conviene, eso sí, dejar constancia de que entiende que la autorización no existe, para eliminar el problema de ante quién presentar la demanda si llega un momento en que esta se vuelva necesaria.

No hay, entonces, como a veces se pretende cuando se analiza estos casos, un espacio de incertidumbre al que un contratista ha sido lanzado por obra de una Administración negligente, o incluso malintencionada, a la hora de elaborar el contrato. Puede haber negligencia e incluso mala intención, pero es quien celebra el contrato el que debe evaluar las condiciones que se le han propuesto y asegurarse de su viabilidad. Si hay inseguridad, entonces, esta es el resultado de aquello que el contratista dejó de considerar u omitió.

Ahora bien, para que un contrato no depare sorpresas, no basta con los conocimientos técnicos del contratista, o con la experiencia que haya podido tener en contrataciones similares, sino que resulta indispensable una evaluación jurídica de las condiciones contractuales, de las consecuencias de las mismas y de lo que de ellas puede esperarse.

Siempre existen imponderables, pero a la hora de celebrar un contrato nada hay mejor que asegurar reglas claras y prever adecuadamente las condiciones que puedan presentarse. Aquí la seguridad jurídica depende de la forma en que esta última haya sido configurada por los contrayentes.

Lamentablemente, nuestra cultura jurídica no tiene esta certeza en las estipulaciones contractuales como una de sus preocupaciones. "No ha de pasar nada" es una frase común a la hora de contratar, sobre la base de ese viejo dicho que considera que "en el camino se acomodan las papas". Lo que ocurre, en realidad, es que las papas acaban desparramándose.

Esto me lleva a una reflexión final.

4. La cláusula arbitral como texto sin importancia

Si, como sabemos, un contrato contiene las reglas que rigen la relación entre los contratantes con la misma fuerza

que la ley, según el tantas veces repetido mandato del artículo 1561 del Código Civil, la seguridad que se pueda tener sobre lo que cabe esperar en el curso de la ejecución contractual, depende de lo bien diseñadas y lo previsivas que hayan sido esas reglas.

Sin embargo, y por desgracia en nuestro medio esa suele ser la regla general, esto se descuida y la relación contractual, si no queda librada al azar, al menos acaba plagada de inseguridades, sin que sea necesario hacer hincapié en los costos de todo tipo que ello provoca.

Me atrevo a decir que los contratantes suelen pensar en el contrato como un compuesto de dos elementos: el negocio propiamente dicho (objeto, precio, plazo, etc.), que es aquello en lo que hay que poner particular cuidado, y todo aquello que viene de cajón, un conjunto de cláusulas que tienen que estar ahí y cuya redacción se facilita gracias al copiar y pegar, pero en las cuales no conviene perder mucho el tiempo.

A esto se suma la tendencia a pensar en el negocio contractual como algo que no está destinado al fracaso; la preocupación se centra en detallar qué vendo, cuánto cobraré por ello, cómo debe ser pagado y cuál es el procedimiento para la entrega en los lugares que se indiquen. Pero difícilmente se piensa en el qué hacer si las previsiones no se cumplen, ya por obra de las partes, ya por hechos ajenos a ellas; sin duda hay reglas generales en el derecho que permiten enfrentar esto, pero es necesario que el contrato contemple estos supuestos adaptándolos a las particularidades del negocio de que se trate. Como en cualquier estrategia, hay que planificar todo con miras al triunfo, pero al mismo tiempo debemos contar con un adecuado plan de fuga.

En materia contractual, un elemento esencial de ese plan de fuga es la cláusula de controversias y, para empezar, lo que

se debe definir es si en el caso que nos ocupe será una cláusula necesaria o no; esto porque la ley establece con claridad las vías para la solución de controversias, lo que hace que una estipulación contractual sobre la materia se justifique solo cuando se considere necesario pactar reglas especiales.

Sí, la cláusula de controversias no es necesaria, pero hay casos en que podríamos requerir incluirla. Pero, en la práctica, lo que planteamos no es la necesidad de contar o no con una estipulación sobre controversias, sino que pensamos en esta última como algo que tiene que estar ahí, muchas veces no sabemos muy bien por qué, y que sin duda no merece mayor cuidado porque, otra vez, "no ha de pasar nada".

Recuerdo siempre a un contratista que trabajaba en una obra importante en la que tropezó con una serie continua de incumplimientos de su contraparte, que parecía empeñada en entorpecer la buena ejecución del contrato. Harto de la situación, se decidió a terminar el contrato y quería tener clara la forma en que debía proceder. Revisado el instrumento, incluía como vía de solución de controversias el arbitraje ante la Cámara de Comercio de París; el problema es que el contratista no tenía los medios para acudir ante ese foro, así que propuso paralizar sus actividades; cuando se le hizo notar que entonces sería la contraparte la que le podría demandarle, también en París, comprendió que estaba atrapado.

¿Por qué firmaste un contrato con esa cláusula? La respuesta no fue otra que la que cabía esperar: "qué he de creer que iba a pasar esto".

Pues sí, hay que creer que lo peor puede pasar y diseñar una regla previa para ello; y el momento para hacerlo es al inicio, cuando las partes están en buenos términos y no se han producido la serie de problemas que suelen llevar al

rompimiento de la relación y convierten a cualquier acuerdo en imposible.

Las cláusulas compromisorias con las que se topan los árbitros ecuatorianos muestran cómo, en la práctica, se las tiene como textos sin importancia y cómo el interés por usar la vía arbitral, muchas veces, se sustenta en estipulaciones que lo único que hacen es entorpecer una voluntad de la que no se dejó constancia cuando debía hacérselo, y que pretende expresarse cuando ya es demasiado tarde.

Volviendo al caso de los contratos administrativos, sin duda que el primer problema reside en los servidores encargados de redactar los textos contractuales, que en un buen número de casos no alcanzan a entender la importancia de contar con documentos precontractuales cuidadosamente elaborados; pero no debe olvidarse que es el contratista el que acepta esas cláusulas y, al hacerlo, asume la responsabilidad por los errores no observados y los vacíos no aclarados.

La regulación de la bifurcación en arbitraje internacional y la seguridad jurídica

*Paula Alomía Barberán**
*Jesús Longo Romero***

Recibido/Received: 31/07/2020
Aceptado/Accepted: 29/09/2020

Sumario: 1. Una breve noción sobre bifurcación. **2.** ¿Qué dice la ley sobre la bifurcación? **3.** El caso Glamis Gold como una guía para aplicar la bifurcación de los procedimientos arbitrales. **4.** ¿Qué ha pasado en la práctica? Una comparación de casos. **4.1.** *Glamis Gold Ltd c. Los Estados Unidos de América.* **4.2.** *Tulip Real Estate Investment & Development Netherlands B.V. c. República de Turquía.* **4.3.** *Mesa Power Group, LLC c. Gobierno de Canadá.* **4.4.** *Philip Morris Asia Limited c. La Mancomunidad de Australia.* **4.5.** *Abertis Infraestructura, S.A. c. República Argentina.* **4.6.** *Glencore Finance (Bermuda) Limited c. Estado Plurinacional de Bolivia.* **5.** Problemas identificados. **6.** ¿Qué pasa entonces con la seguridad jurídica? **7.** La Regulación de la Bifurcación en Arbitraje Internacional. Una propuesta práctica. **8.** Conclusión.

Resumen: La flexibilidad del arbitraje como procedimiento, contrario a la justicia ordinaria, permite cambios en la estructura del procedimiento como tal, uno de estos cambios es la bifurcación. La separación del procedimiento arbitral en distintas fases, en este caso en particular la separación del

* Abogada por la Universidad de Los Hemisferios. Correo electrónico: paulaalomiab@gmail.com
** Abogado por la Universidad San Francisco de Quito. Asociado en el estudio jurídico Coronel & Pérez. Correo electrónico: jlongo@coronelyperez.com

P. Alomía Barberán & J. Longo Romero, "La regulación de la bifurcación en arbitraje internacional y la seguridad jurídica", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 11, 2020, pp. 237-259.

ISSN: 2600-5611 / e-ISSN: 2600-562X
DOI: 10.36649/rea1109

procedimiento en una fase preliminar de jurisdicción y una fase subsiguiente de méritos es un tema aún controvertido y poco explorado. Si bien existe un precedente que delimitó los criterios que deberían ser cumplidos para que la bifurcación sea aplicable, la interpretación y aplicación de estos criterios por los tribunales arbitrales sigue presentando incontables inconsistencias. En este artículo, después de una breve revisión de lo que se entiende por bifurcación y de lo que la ley dice al respecto, se hará una comparación de casos en los que se ha presentado una solicitud de bifurcación para tener una visión más clara de cómo han actuado los tribunales, y para poder identificar los problemas que presenta este tema.

Palabras Clave: bifurcación, cuestión preliminar, objeciones a la jurisdicción, eficiencia, seguridad jurídica.

The regulation of bifurcation in international arbitration and legal certainty

Abstract: The flexibility of arbitration as a procedure, contrary to ordinary justice, allows modifications on the structure of the procedure *per se*, one of these modifications is bifurcation. The separation of the arbitral procedure into different phases, in this particular case the separation of the proceedings into a preliminary jurisdiction phase and a subsequent merits phase, is a controvert issue. Although there is a precedent that defined the criteria that should be met for the bifurcation to be applicable, the interpretation and application of these criteria by the arbitral tribunals continues to show inconsistencies. In this article, after a brief review of what is meant by bifurcation and what the law says about it, a comparison of cases in which a bifurcation request has been presented will be made to have a clearer vision of how the tribunals have acted, and in order to identify the problems presented by this issue.

Keywords: bifurcation, preliminary question, objections to jurisdiction, efficiency, juridical security.

1. Una breve noción sobre bifurcación

Etimológicamente, el término bifurcación se refiere a "la división de algo en dos ramas o partes"[1]. En este artículo, nos referiremos a la separación de la fase de jurisdicción de la fase de méritos en un procedimiento arbitral. Contrario a la justicia ordinaria, la cual está regida por reglas procesales estrictas, "la flexibilidad de procedimiento que ofrece el arbitraje permite a los tribunales ser creativos tanto en lo que respecta a la decisión de delimitar las actuaciones como a la forma de hacerlo"[2]. En este sentido, y dado el principio *competence- competence*, y el poder discrecional de los árbitros, la decisión de si analizar y decidir sobre las objeciones de jurisdicción en una fase preliminar, previa y separada de la fase de méritos, depende del mismo tribunal cuya jurisdicción se está objetando. En palabras de Born "como consecuencia de la doctrina de competence-competence, el foro más común para las objeciones jurisdiccionales es en los procedimientos ante un tribunal arbitral"[3].

A pesar de que no hay una regla general sobre cómo decidir en casos de bifurcación, sí hay, al menos en la doctrina, una preferencia por una revisión temprana de las objeciones jurisdiccionales, principalmente porque esto puede ahorrar tiempo y dinero mediante la resolución del caso o la reducción del alcance de la controversia, lo que hará que el procedimiento sea más eficiente. Así, si la bifurcación es aceptada, y se encuentra que de hecho existe una falta de jurisdicción o competencia, los costos de la producción documental, de la

1. Oxford Dictionaries, *Bifurcation,* <https://bit.ly/3eJ9Mm3> (16/07/2018).
2. L. Greenwood, "Does Bifurcation Really Promote Efficiency?", *Journal of International Arbitration*, Vol. 8(2), 2011.
3. G. Born, *International Commercial Arbitration*, 2nd. Ed., Kluwer Law International, 2014.

presentación de los testimonios de los testigos y expertos, y de otros requerimientos procesales relacionados a los méritos, serán evitados. El tiempo que la litigación de los méritos involucra, también será evitado.

Sin embargo, este escenario se da la vuelta cuando consideramos que la bifurcación abre dos posibilidades. Por un lado, la objeción puede ser confirmada por el tribunal y se ahorrará todo el tiempo y los costos en los que las partes habrían incurrido de otro modo al entablar un litigio sobre el fondo en lo que puede ser un foro ilegítimo. Por otro lado, si una vez que la bifurcación ha sido aceptada, la objeción es rechazada, las partes enfrentarán otro procedimiento (la fase de méritos) y, además, se habría producido un retraso innecesario. Al final, la pregunta de si bifurcar o no los procedimientos, requerirá un análisis que balancee todas estas posibilidades y una decisión en la que la justicia y la eficiencia del procedimiento prevalezcan.

2. ¿Qué dice la ley sobre la bifurcación?

A nivel nacional, la legislación ecuatoriana no menciona expresamente el tema de la bifurcación de procedimientos arbitrales, ni en la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM), ni en los reglamentos de ninguno de los centros de arbitraje locales. No obstante esto, en Ecuador la bifurcación es la regla general, plasmada en el hecho de que existan dos audiencias, una audiencia preliminar de sustanciación en la que, precisamente, se resuelven las cuestiones sobre competencia, y una audiencia de juicio, en la que se analizan y se decide sobre los méritos del caso. Bajo una perspectiva internacional, el Reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (CNUDMI), al igual que el Reglamento del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), proveen expresamente que la bifurcación del procedimiento

arbitral dependerá únicamente de la decisión del tribunal. El Artículo 21(4) del Reglamento CNUDMI de 1976 expresa una preferencia general por la bifurcación de los procedimientos en una fase preliminar de jurisdicción y una fase posterior de méritos, pero, en última instancia, este artículo deja la decisión a la discreción de los árbitros.

> Artículo 21(4). *En general, el tribunal arbitral deberá decidir, como cuestión previa, las objeciones relativas a su competencia*. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá seguir adelante en las actuaciones y decidir acerca de tales objeciones en el laudo final (énfasis añadido)[4].

A pesar de esto, el Reglamento CNUDMI, revisado en 2010, cambia la estructura del mencionado artículo haciendo que la bifurcación suene más como una mera opción que como el estándar o la regla general.

> Artículo 23(3). El tribunal arbitral podrá decidir sobre las excepciones [a la jurisdicción] a que se hace referencia en el párrafo 2 *como cuestión previa o en un laudo sobre el fondo*. El tribunal arbitral podrá proseguir sus actuaciones y dictar un laudo, no obstante cualquier impugnación de su competencia pendiente ante un tribunal (énfasis añadido)[5].

De manera similar, el Reglamento CIADI también establece la bifurcación como una opción que dependerá solo de la discreción del tribunal. El Artículo 41(4) estable que "[e]l Tribunal […] Podrá pronunciarse sobre la excepción *como una cuestión preliminar o conjuntamente con el fondo* de la diferencia (énfasis añadido)[6].

Pero la semejanza de ambos artículos no reside solo en su texto o en su estructura, sino también en el hecho de que ninguno de ellos va más allá con este concepto y su aplicación. En otras palabras, la bifurcación se enunció como un principio

4. Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (1976), Artículo 21(4).
5. Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (2010), Artículo 23(3).
6. Convención CIADI, Reglamento y Reglas (2006), Artículo 41(4).

amplio, pero sin una orientación específica sobre cómo debe ejercerse en la práctica.

3. El caso Glamis Gold como una guía para aplicar la bifurcación de los procedimientos arbitrales

A pesar de la falta de luz que proporciona el derecho nacional e internacional sobre cuándo y cómo proceder con la bifurcación, podemos llenar los espacios en blanco con lo que se ha dicho en la jurisprudencia internacional disponible. En relación con este tema, uno de los casos más emblemáticos es el de *Glamis Gold Ltd. c. Los Estados Unidos de América*. El tribunal de este caso trazó el estándar a utilizar sobre si se debe o no conceder la bifurcación (en adelante, el "estándar"). Desde entonces, se han aplicado los siguientes criterios[7]:

> 1) Si la excepción es sustancial en la medida en que la consideración de una objeción frívola a la jurisdicción es muy poco probable para reducir los costos o el tiempo requerido para el procedimiento.
> 2) Si la objeción a la jurisdicción, de ser concedida, da lugar a una reducción material del procedimiento en la siguiente fase (en otras palabras, el tribunal debe considerar si los costos y el tiempo requerido de un procedimiento preliminar, incluso si la parte objetante tiene éxito, se justificará en términos de la reducción de costos en el fase posterior del procedimiento).
> 3) Si la bifurcación es poco práctica ya que la cuestión jurisdiccional identificada está tan entrelazado con los méritos que es muy poco probable que exista algún ahorro en tiempo o costo.

Así como el estándar, hay otro principio que se ha tomado como regla al momento de decidir si aceptar o no la bifurcación del procedimiento arbitral, la *eficiencia*. Los profesores Caron & Caplan se refieren a la eficiencia

7. Traducción libre. *Glamis Gold Ltd c. Los Estados Unidos de América*, CNUDMI, Orden Procesal No. 2, 31/05/2005, párr. 12(c).

> [c]omo el factor principal para determinar si un tribunal debe pronunciarse sobre las objeciones relativas a la jurisdicción como cuestión preliminar o en un laudo sobre el fondo. Por consiguiente, toda decisión debe tener en cuenta la *sustancialidad de la objeción, el costo en tiempo y dinero* para las partes de esa decisión preliminar (por ejemplo, si esa decisión entrañaría presentaciones por escrito o una audiencia oral) y la *viabilidad de bifurcar* las actuaciones para abordar la jurisdicción de manera preliminar, especialmente cuando las cuestiones de jurisdicción están entrelazadas con el fondo (énfasis añadido)[8].

Siguiendo estas líneas, podemos comenzar a dilucidar que la aplicación del estándar de bifurcación debe estar orientado a la búsqueda de un procedimiento más eficiente. Pero sigue sin existir una regla clara sobre cómo interpretar y aplicar el estándar.

4. ¿Qué ha pasado en la práctica? Una comparación de casos

Para comprender un tema en el que no hay suficiente legislación o doctrina, las pruebas empíricas pueden ser ilustrativas. En lo que respecta a la separación de las fases de jurisdicción y de méritos, el tribunal del caso Glamis Gold marcó un inicio que fue seguido inmediatamente por otros tribunales. No obstante, ninguno de esos tribunales ha tomado la misma decisión.

4.1. *Glamis Gold Ltd c. Los Estados Unidos de América*

Como mencionamos en párrafos precedentes, el tribunal del caso Glamis Gold marcó una tendencia sobre cómo evaluar si la bifurcación es apropiada o no. En este caso, las excepciones presentadas fueron **(i)** una excepción temporal, estableciendo

8. D. Caron & L. Caplan, *The UNCITRAL Arbitration Rules (Second Edition)*: *A Commentary,* Oxford University Press, 2013.

que las reclamaciones de la Demandante estaban prescritas; y, **(ii)** que las reclamaciones son prematuras dado que no puede afirmar que ha incurrido en una pérdida como resultado de las medidas del Estado de California[9].

El tribunal rechazó la solicitud de bifurcación basado en la estrecha relación que existe entre la objeción jurisdiccional y el fondo del asunto. Para el tribunal, abordar los mismos hechos dos veces sería poco práctico[10]. Es importante aquí retomar el pensamiento del tribunal arbitral con respecto a la eficiencia

> [s]i se plantea una objeción a la jurisdicción del tribunal y cualquiera de las partes solicita que la objeción se considere una cuestión preliminar, el tribunal debería hacerlo. El tribunal *puede negarse a hacerlo cuando es poco probable que se produzca un aumento eficiencia* en los procedimientos[11].

La conclusión lógica, entonces, sería establecer que el estándar y el principio de eficiencia van de la mano. Así, para poder conceder la bifurcación, ambas condiciones deberán cumplirse. Desde aquí, se vuelve evidente que la preponderancia de un criterio sobre el otro dependerá de

---

9. *Glamis Gold Ltd c. Los Estados Unidos de América*, N. 7, párr. 13. Traducción libre. "En su Solicitud de Bifurcación, la Demandada presenta dos excepciones preliminares a la jurisdicción del Tribunal: (1) que las reclamaciones de la Demandante en virtud del Artículo 1105 (1) del TLCAN se basan en tres acciones federales de octubre de 1999, diciembre de 1999 y noviembre de 2000 que prescriben según la limitación del período establecido en el Artículo 1117 (2) del TLCAN; y (2) que las reclamaciones de la Demandante en virtud del Artículo 1110 del TLCAN no se han configurado porque la Demandante no puede afirmar que "ha incurrido" en una pérdida como resultado de las medidas del Estado de California como lo requiere el Artículo 1117 (1) del TLCAN"
10. Ibídem, párr. 25. Traducción libre. "Considerando la solicitud de la Demandada de bifurcación y la consideración preliminar del Artículo 1117 (1) conforme al Artículo 15 (1), el Tribunal no encuentra justificada la solicitud y por lo tanto, niega la solicitud de la Demandada. En particular, el Tribunal concluye que si se bifurcara la cuestión identificada, el Tribunal se enfrentaría inmediatamente a la cuestión de si las leyes y políticas de California resultaron en una expropiación bajo el Capítulo 11 del TLCAN. Dado que los hechos presentados para responder a la cuestión del Artículo 1117 (1) probablemente sean los mismos hechos presentados sobre el tema de la expropiación, el Tribunal determina que la bifurcación propuesta en la Dúplica de la Demandante en la página 5 y 6 resulta poco práctica en el sentido de que la cuestión del Artículo 1117 (1) identificada está tan entrelazada con los méritos que es muy poco probable que exista algún ahorro en tiempo o costo".
11. Traducción libre. Ibídem, párr. 12(c).

la perspectiva de cada tribunal arbitral y, en consecuencia, cambiará en cada caso.

4.2. *Tulip Real Estate Investment & Development Netherlands B.V. c. República de Turquía*

La Demandada en este caso presentó al tribunal tres objeciones a la jurisdicción: **(i)** las reclamaciones de la demandada son contractuales, y no tienen que ver con el tratado bilateral de inversión (TBI); **(ii)** es prematuro decidir cualquier reclamación bajo el tratado y por lo tanto son inadmisibles; y, **(iii)** el periodo de negociación obligatorio no ha sido respetado. El Tribunal utilizó el mismo criterio que en el caso Glamis Gold para evaluar si la bifurcación procederá o no[12]: **(i)** si es conveniente que se bifurque el procedimiento por razones de economía procesal; **(ii)** si la objeción preliminar está íntimamente relacionada con el fondo; y **(iii)** si la aceptación de la objeción preliminar puede dar lugar a la desestimación de todo el caso o reducir considerablemente su alcance y complejidad. Una vez realizado este análisis, el tribunal tomó una decisión que resulta interesante. El tribunal en este caso sostuvo lo siguiente:

> [e]n consecuencia, a discreción del Tribunal, se concluye que la Objeción 3 debe tratarse como una cuestión preliminar. *En aras de la economía procesal,* teniendo en cuenta la naturaleza relativamente sencilla de la excepción y los argumentos ya presentados sobre este punto, el Tribunal *decide al mismo tiempo no suspender el procedimiento sobre el fondo* (énfasis añadido)[13].

12. *Tulip Real Estate Investment & Development Netherlands B.V. c. República de Turquía,* Caso CIADI No. ARB/11/28, Decisión sobre la solicitud de bifurcación de la demandada, 02/11/2012, párr. 30. Traducción libre. "Se han identificado tres consideraciones como relevantes para el ejercicio de las funciones discrecionales del Tribunal. Estas son: (i) si es conveniente bifurcar por razones de economía procesal; (ii) si la excepción preliminar está íntimamente ligada al fondo; y (iii) si la determinación de la excepción preliminar puede resultar en la desestimación del caso completo o reducir significativamente su alcance y complejidad ".
13. Traducción libre. Ibídem, párr. 56.

Una contradicción se vuelve evidente. Por un lado, el tribunal acepta tratar la Objeción 3 como un tema preliminar, es decir, considera que esta objeción, de aceptarse, es capaz de desestimar todo el caso o, al menos, reducir considerablemente su alcance y complejidad. Sin embargo, el tribunal no acepta la solicitud de la demandada de suspender el procedimiento de méritos. Esta contradicción afecta también a la economía procesal porque coexistirían dos procedimientos y, si se acepta la objeción, todo el trabajo realizado en el procedimiento de méritos habrá sido en vano. Además, esto demuestra una falta de convicción real sobre la relevancia preliminar de la objeción.

Finalmente, el procedimiento de jurisdicción desde que se emitió esta decisión por parte del tribunal, hasta la decisión sobre jurisdicción duró cuatro meses. El procedimiento incluyó tres memorias escritas y una ronda de argumentos orales. Después de evaluar todas las pruebas y argumentos presentados por las partes, el tribunal rechazó la objeción a la jurisdicción.

4.3. *Mesa Power Group, LLC c. Gobierno de Canadá*

El Gobierno de Canadá plantea su objeción a la jurisdicción estableciendo que no ha consentido el arbitraje dado que la demandada no ha respetado las condiciones precedentes para interponer un reclamo arbitral bajo el Capítulo 11 del tratado TLCAN[14].

El tribunal de este caso se refiere expresamente al estándar fijado por el tribunal del caso Glamis Gold y, en este sentido, establece que la objeción no aparenta ser frívola[15]; en caso de ser aceptada la objeción, esto al menos reduciría el alcance de

14. *Mesa Power Group, LLC c. Gobierno de Panamá,* CNUDMI, PCA Caso No. 2012-17, Orden Procesal No. 2, 18/01/2013, párr. 3. Traducción libre. "La Demandada sostiene que no ha dado su consentimiento para arbitrar esta disputa ya que la Demandante no respetó las condiciones precedentes para presentar una reclamación al arbitraje bajo el Capítulo 11 del TLCAN".
15. Ibídem, párr. 18.

la fase de méritos[16]; y, la objeción involucra hechos que son distintos a aquellos del fondo del caso[17]. Además, el tribunal añade un tema en particular, la *presunción en favor de analizar las objeciones a la jurisdicción como un asunto preliminar*. Así, el tribunal establece lo siguiente:

> [d]e ello se deduce que cuando una parte presenta una objeción a la jurisdicción, *la presunción está a favor de abordar la excepción como un cuestión preliminar*. De hecho, es una buena práctica informar a las partes "dónde están paradas", para usar las palabras de Redfern y Hunter, en una etapa y no imponer la carga de los procedimientos completos sobre una parte que disputa estar sujeta a arbitraje. Existen obviamente circunstancias en las que debe descartarse la presunción, en particular cuando la excepción preliminar sea frívola o dilatoria o cuando los hechos que involucra son los mismos o están estrechamente relacionados con pertinente al fondo[18].

Aquí entonces aparece una cuestión de jerarquía. Esto quiere decir que prima la presunción fijada en el artículo 21(4) del Reglamento CNUDMI de 1976 y, como medida subsidiaria, se aplica el estándar establecido en el caso Glamis Gold.

El tribunal en este caso concedió la bifurcación del procedimiento, y se reserva su facultad de volver a unir esta objeción al procedimiento de méritos sin la necesidad de tener una audiencia separada para tratar dicha objeción. No obstante, dos meses después de esta decisión, y después de haber recibido la respuesta del demandante sobre la jurisdicción, el tribunal estableció que resultaría imposible conocer la objeción sin involucrarse sustancialmente en los hechos de la controversia, por lo que sería mejor analizarla junto con los méritos[19]. En este sentido, el tribunal discontinuó la bifurcación.

16. Ibídem, párr. 19.
17. Ibídem, párr. 20.
18. Traducción libre. Ibídem, párr. 16.
19. Ibídem, párr. 73.

4.4. *Philip Morris Asia Limited c. La Mancomunidad de Australia*

En este caso, el Demandado presentó tres objeciones a la jurisdicción del tribunal: **(i)** la objeción de no admisión de inversiones (Australia no admitió la inversión de Philip Morris, como exige el TBI); **(ii)** la objeción temporal (la reclamación presentada no está dentro del ámbito del TBI, ya que se refiere a una controversia preexistente); **(iii)** la objeción de que no existe inversión (los activos de Philip Morris no constituyen una inversión en virtud del TBI).

El tribunal en este caso consideró que la bifurcación era apropiada en cuanto a las dos primeras objeciones, pero no en cuanto a la tercera, basado en el argumento que sigue:

> [e]n vista de la *considerable superposición entre esta Tercera Objeción y el fondo, y como esta Objeción no podía disponer el caso, el Tribunal considera oportuno no ocuparse de esta Tercera Objeción en la primera fase del procedimiento bifurcado, sino unir esta Tercera Objeción al fondo en el caso de que el Tribunal no acepte las Objeciones Primera y Segunda* y el procedimiento continúe con respecto al fondo (énfasis añadido)[20].

En concordancia con esto, el tribunal ordenó que las dos primeras objeciones se traten en una fase preliminar y que la tercera objeción sea tratada junto con los méritos. La fase de jurisdicción estuvo planificada para durar 10 meses, de abril de 2014 a febrero de 2015, incluyendo las memorias escritas, la fase de producción de documentos, una audiencia oral, y la posibilidad de memorias post-audiencia. Una vez finalizado este proceso, el tribunal arbitral emitió un laudo de jurisdicción en el que, si bien se rechaza la primera objeción, la segunda objeción (objeción temporal) es aceptada en base a lo siguiente:

20. Traducción libre. *Philip Morris Asia Limited c. Mancomunidad de Australia,* CNUDMI, PCA Caso No. 2012-12, Orden Procesal No. 8, 14/04/2014, párr. 130.

> [a] la luz de la discusión anterior, el Tribunal no puede sino concluir que el inicio de este arbitraje constituye un abuso de derecho, dado que la reestructuración corporativa mediante la cual la Demandante adquirió las subsidiarias australianas ocurrió en un momento en que era una perspectiva razonable que la disputa se materializara y que se llevó a cabo con el principal, si no el único, propósito de obtener protección del tratado. En consecuencia, los reclamos planteados en este arbitraje son inadmisibles y el Tribunal no puede ejercer jurisdicción sobre esta disputa[21].

En consecuencia, la objeción efectivamente desestimó el resto del procedimiento, evitando así a las partes el tener que incurrir en una mucho mayor inversión de tiempo y dinero.

4.5. *Abertis Infraestructura, S.A. c. República Argentina*

La solicitud de bifurcación presentada por la República de Argentina se basó en que no se había perfeccionado el consentimiento del Estado al arbitraje, al no haberse cumplido los presupuestos establecidos en el artículo X del TBI entre Argentina y España. Dichos presupuestos son: **(i)** que la disputa haya sido previamente sometida a los tribunales del Estado receptor; y, **(ii)** que hayan pasado dieciocho meses sin que se haya obtenido una resolución de dichos tribunales, o que, pese a existir una resolución, la controversia entre las partes persista[22].

Al analizar si la bifurcación procedía o no, el tribunal del caso Abertis estableció varios puntos importantes. El primero, que "la decisión sobre bifurcación que [el tribunal] dicte, cualquiera que sea su contenido, en nada afectará el derecho que Argentina [tiene] para plantear las excepciones

21. Traducción libre. Ibídem, párr. 588.
22. *Abertis Infraestructura, S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/15/48, Resolución Procesal No. 2 sobre la Solicitud de Bifurcación presentada por la Demandada, 27/03/2017, párr. 7-10.

a la jurisdicción"[23], es decir, una negativa a la solicitud de bifurcación no equivale a un rechazo de las objeciones a la jurisdicción. En segundo lugar, "que la práctica que una Parte tenga en cuanto a la bifurcación de procesos y la cantidad de casos en los que esa Parte haya logrado una decisión favorable o contraria sobre las solicitudes de bifurcación que haya planteado, no vincula de ninguna manera a este Tribunal, el que debe decidir basado en las circunstancias propias de este caso concreto"[24], esto es que la jurisprudencia no es de ninguna forma vinculante. Por último, el tribunal establece que "no puede considerar ante una solicitud de bifurcación, las probabilidades de éxito de las objeciones jurisdiccionales planteadas"[25], sino que lo que se analiza es si la objeción "abre la posibilidad teórica de que el proceso arbitral no llegue a la fase de fondo y que, por razones de economía procesal sea más conveniente analizar y resolver previamente los asuntos jurisdiccionales"[26].

Al final, la solicitud de bifurcación fue aceptada por mayoría en base a que la objeción merecía ser analizada en una primera fase:

> [n]o hay tal vinculación [entre la objeción y el fondo del caso]; por lo contrario, la excepción *planteada* amerita su análisis preliminar separado de los temas de fondo, los cuales, si la decisión sobre jurisdicción así lo declarara, serían analizados en una segunda etapa (énfasis añadido)[27].

A pesar de que la fase preliminar de jurisdicción fue iniciada, esta no concluyó dado que las partes lograron un acuerdo y solicitaron al tribunal poner fin al proceso.

23. Ibídem, párr. 30.
24. Ibídem, párr. 31.
25. Ibídem, párr. 34.
26. Ibídem, párr. 39.
27. Ibídem, párr. 41.

4.6. *Glencore Finance (Bermuda) Limited c. Estado Plurinacional de Bolivia*

En este caso, el Estado de Bolivia planteó seis objeciones a la jurisdicción. El tribunal analizó todas estas objeciones siguiendo el estándar del caso Glamis Gold, y llegó a las siguientes conclusiones: la primera objeción (Glencore no cumple con la condición de inversor) y la cuarta objeción (la nacionalidad suiza de Glencore), fueron desestimadas por no ser suficientemente graves y sustanciales. La tercera (ilegalidad de las inversiones) y la quinta (las cláusulas de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional presentes en los contratos), fueron desestimadas sobre la base de que ambas estaban demasiado entrelazadas con el fondo del asunto. La sexta objeción (Demandas por acciones de estaño) fue desestimada, ya que, de ser aceptada, no resolvería el procedimiento ni lo reduciría sustancialmente. Por último, la segunda objeción (Abuso de procedimiento), según el estándar y el análisis del Tribunal, si cumplía con todos los criterios para que aplique la bifurcación. Así,

> [e]l Tribunal considera que esta excepción es seria y sustancial. En cuanto al segundo elemento, es evidente que en caso de prosperar, este procedimiento finalizaría. En cuanto al tercer elemento, casi todos los hechos relevantes para este reclamo anteceden febrero de 2007, que es la fecha en que la disputa presumiblemente surgió. En consecuencia, parece que esta objeción puede abordarse sin prejuzgar el fondo.

Sin embargo, el tribunal consideró que, por eficiencia procesal, lo mejor sería analizar todas las objeciones junto con el fondo de la controversia. En este sentido, sostuvo lo siguiente:

> [t]ras revisar cada una de las objeciones preliminares, el análisis del Tribunal revela que la objeción de abuso del proceso, pero únicamente dicha objeción, podría justificar la bifurcación del procedimiento. No obstante, el Tribunal reitera que el principio general es la justicia y eficiencia de todo el procedimiento. Con este principio en mente, el

Tribunal considera que sería más eficiente tratar todas las objeciones preliminares juntamente con la responsabilidad en una primera fase, y dejar la cuestión de cuantía, en su caso, para determinación en una segunda fase. Este enfoque le parece al Tribunal más eficiente en términos de tiempo y costes que la alternativa, que es bifurcar únicamente una cuestión y dejar todas las demás objeciones para la etapa sobre el fondo. Finalmente, el Tribunal desea enfatizar que el resultado final de las objeciones será un factor que el Tribunal podrá tener en cuenta al decidir sobre la adjudicación de costes en este arbitraje[28].

***

Caso	Bifurcación[29]	Objeción a la jurisdicción[30]	Análisis relevante[31]
Glamis Gold Ltd c. Los Estados Unidos de América	Rechazada	Rechazada	Impone el estándar y los criterios a ser analizados por el tribunal cuando se está frente a una solicitud de bifurcación por temas jurisdiccionales. Además, este caso realza la importancia de la eficiencia procesal, como un criterio más para aceptar o rechazar la bifurcación.
Tulip Real Estate Investment & Development Netherlands B.V. c. República de Turquía	Aceptada	Rechazada	La decisión del tribunal fue contradictoria al aceptar la bifurcación, pero no suspender el procedimiento de méritos. Es así que, para este tribunal, se podrían llevar ambas fases del procedimiento de manera paralela.

28. *Glencore Finance (Bermuda) Limited c. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso PCA No. 2016-39, Orden Procesal No. 2, Decisión sobre bifurcación, 31/01/2018, párr. 56.
29. Si la solicitud de bifurcación presentada fue aceptada o rechazada.
30. Si la objeción a la jurisdicción fue aceptada o rechazada, sin importar que la bifurcación lo haya sido igual.
31. Análisis relevante del tribunal que aporta a la construcción de nuestro conocimiento sobre bifurcación y que difiere, o agrega algo más, con respecto a los demás casos planteados.

Mesa Power Group, LLC c. Gobierno de Canadá	Aceptada	Rechazada	El tribunal estableció que, de conformidad con el Reglamento CNUDMI de 1976, existe una presunción a favor de aceptar la bifurcación, y esta debe ser tomada como una regla general –al menos en los casos en los que se aplique este Reglamento–.
Philip Morris Asia Limited c. La Mancomunidad de Australia	Aceptada	Aceptada	El tribunal dejó sentado que no es necesario que todas las excepciones a la jurisdicción planteadas cumplan con el estándar, sino que basta con que al menos una sí lo cumpla para aceptar la bifurcación.
Abertis Infraestructura, S.A. c. República Argentina	Aceptada	-	Este tribunal estableció varios puntos de suma relevancia: **(i)** una negativa a la solicitud de bifurcación no equivale a un rechazo de las objeciones a la jurisdicción; **(ii)** la jurisprudencia no es de ninguna forma vinculante; **(iii)** las probabilidades de éxito de las objeciones jurisdiccionales planteadas no son un factor en el análisis sobre la procedencia de la bifurcación.
Glencore Finance (Bermuda) Limited c. Estado Plurinacional de Bolivia	Rechazada	Todavía no existe una decisión final	Contrario al caso Philip Morris, el tribunal llegó a la conclusión de que, dado que solo una de las seis objeciones planteadas cumplía con el estándar, sería más eficiente tratar todas las objeciones junto con los méritos. Es decir, aquí si importó que no todas las excepciones se hayan considerado procedentes.

***

Como se desprende de todo lo mencionado anteriormente, la jurisprudencia es esclarecedora en cuanto a la forma de proceder cuando surgen objeciones a la jurisdicción. Sin embargo, aunque el estándar Glamis Gold se ha generalizado, su interpretación y aplicación son muy distintas

y, por consiguiente, no se puede predecir la decisión sobre la bifurcación.

5. Problemas identificados

Se pueden identificar algunos problemas con la aplicación de la bifurcación de los procedimientos. En relación con la economía y la eficiencia procesal que se procura con la norma de la bifurcación, encontramos dos cuestiones principales. En primer lugar, si después de aceptada la bifurcación se rechaza la objeción y, por lo tanto, la jurisdicción es sostenida por el tribunal arbitral, estaremos ante un doble procedimiento. Es decir, la bifurcación significa que el procedimiento arbitral tendrá dos rondas de presentaciones escritas, dos deliberaciones, dos laudos y, dos audiencias (si la cuestión jurisdiccional no se ha decidido solo sobre los papeles). En este caso, en lugar de servir a la economía procesal, la bifurcación del procedimiento representaría más tiempo y dinero que abordar tanto la jurisdicción como el fondo en la misma fase. La segunda hipótesis se cumple cuando la objeción que dio lugar a la bifurcación no dispone de todo el procedimiento, sino que solo reduce su alcance. En este caso, la demora en la entrada en el fondo puede considerarse innecesaria, así como el costo adicional que representa esta ampliación del procedimiento. Si nos remitimos a los casos que tomamos como ejemplo, solo en uno (*Philip Morris c. La Mancomunidad de Australia*) la objeción a la jurisdicción prosperó. En los demás casos, sea que haya sido aceptada la bifurcación o no, la objeción terminó siendo rechazada.

Ahora bien, con respecto a la justicia de todo procedimiento hay también dos cuestiones que deben abordarse, el abuso de la bifurcación y el posible prejuicio sobre el fondo. La primera se produce cuando una de las partes se opone a la jurisdicción del tribunal con el único

propósito de retrasar u obstruir el procedimiento. Este uso de la bifurcación como táctica dilatoria constituye un abuso del proceso que actúa en detrimento de la otra parte. Pero ¿cómo establece el tribunal si las objeciones a la jurisdicción se plantean con seriedad o como una táctica? Este asunto es una cuestión difícil de abordar por el tribunal, porque para determinarlo será necesario explorar la intención de las partes. La segunda cuestión se presenta cuando la objeción a la jurisdicción que se va a abordar en una fase preliminar se entrelaza con el fondo. Si volvemos al estándar Glamis Gold, veremos que precisamente uno de los criterios para aceptar la bifurcación es que la objeción no esté vinculada al fondo, sin embargo, esta vinculación puede aparecer más adelante en el procedimiento. La cuestión aquí es si el tribunal debe suspender la fase preliminar y unirse a todo el procedimiento cuando estos problemas se manifiesten. En todo caso, el tribunal debe evitar hacer un juicio preliminar sobre el fondo de la controversia que pueda afectar a los derechos de las partes en la fase posterior. Una vez más, si retomamos los ejemplos planteados en este artículo, en el caso *Mesa Power c. Gobierno de Canadá* ocurrió precisamente esto, la bifurcación fue aceptada y luego se discontinuó al verse entrelazada con los méritos.

Otro problema que se nos presenta al hablar de la bifurcación es que no hay una prueba tangible que demuestre si los procedimientos de bifurcación son realmente una solución justa y eficaz. Un método ideal sería comparar el mismo caso, sus tiempos y costos, con y sin bifurcación del procedimiento. Sin embargo, en la vida real esto es imposible. La alternativa que nos queda es la comparación de casos –al menos de los que son públicos–, pero, como hemos establecido anteriormente, la jurisprudencia sigue siendo inconsistente en sus decisiones. Así que, por ahora, no tenemos una forma de medir realmente los beneficios de la bifurcación.

Si ahondamos en el problema de la inconsistencia de las decisiones, llegamos a un problema más, el de la seguridad jurídica. Si bien el arbitraje se caracteriza por la flexibilidad de su procedimiento, y si bien gran parte del derecho es casuístico, sí es necesario tener una seguridad jurídica que nos ayude a prever, al menos en cierta medida, como se verán garantizados los derechos de los que estamos asistidos dentro de un proceso arbitral.

6. ¿Qué pasa entonces con la seguridad jurídica?

Como comenzamos a ver en la sección precedente, la falta de una regulación clara y la inconsistencia entre la jurisprudencia disponible, hacen que al hablar de la bifurcación del procedimiento nos encontremos ante una situación de inseguridad jurídica. Si nos remitimos a la ley no vamos a encontrar una solución específica, sino que encontraremos el tema de la bifurcación plasmada como una opción que podrá ser aceptada o no, y que dependerá únicamente de la discrecionalidad del tribunal. Y, si nos remitimos a los casos, veremos que, si bien se ha llegado a una especie de consenso sobre los criterios que se utilizarán para analizar las objeciones a la jurisdicción, la aceptación o no de la bifurcación sigue siendo una cuestión sometida a la discrecionalidad de los árbitros pues, como pudimos observar, cada tribunal toma una decisión distinta y hace una interpretación distinta del estándar de análisis. Por estas razones, será imposible prever un resultado en esta etapa del proceso.

7. La Regulación de la bifurcación en arbitraje internacional. una propuesta práctica

Este artículo no pretende eliminar la flexibilidad del procedimiento, ni mucho menos hacer que los tribunales arbitrales dejen del lado el análisis específico de los hechos

de cada caso. Sin embargo, lo que sí se pretende es abogar por una seguridad jurídica plasmada en normas más específicas y en una mayor uniformidad de las decisiones arbitrales. Es así, que se propone que se establezca como una *regla general* que se favorezca la bifurcación, cuando se presente una de las siguientes objeciones a la jurisdicción que, a nuestro parecer, evitarían un abuso de derecho: **(i)** falta de la cualidad de inversión; **(ii)** falta de la cualidad de inversionista; y, **(iii)** cláusulas de solución de controversias contradictorias.

En cuanto a la primera, se deberá determinar si realmente ha existido una inversión, y si esta inversión se ha hecho bajo un TBI, o bien bajo la ley de un determinado país que regula las inversiones. Son varios los actores que sostienen una relación comercial con los Estados y, cuando surge una controversia, quieren dejar de lado su relación contractual y acogerse a las protecciones para inversionistas. Esto constituye un claro abuso de derecho pues no se puede obviar el contrato comercial o de prestación de servicios que existe de por medio, y las condiciones específicas que se han pactado en este. Con respecto a la segunda objeción, se deberá determinar si el actor es realmente un inversionista bajo los términos de un TBI o de la ley. En este caso lo que sucede es que hay actores que modifican su estructura societaria (como ocurrió en el caso *Philip Morris c. La Mancomunidad de Australia*) con el único fin de beneficiarse de las protecciones a inversionistas. Esta modificación de la estructura societaria implica la creación de compañías de papel, o de accionistas de papel, para que la compañía actora aparente tener una nacionalidad diferente a la que realmente tiene. En varios de estos casos se tendrá que recurrir al levantamiento del velo societario bajo la causal de fraude. Ahora bien, la última objeción propuesta hace referencia a la existencia de múltiples cláusulas de solución de controversias que son contradictorias entre sí. Un ejemplo es la existencia de contratos y subcontratos, en los que cada uno

tiene su propia cláusula de resolución de controversias. Aquí lo que ocurre es que los actores tratan de aplicar la cláusula del contrato principal, aunque su subcontrato contenga una cláusula totalmente distinta. Por ejemplo, el contrato principal puede tener una cláusula arbitral bajo el Reglamento CNUDMI, y el subcontrato una cláusula por la que se someten las controversias a las cortes nacionales del país receptor. El tribunal tendrá entonces la tarea de determinar cuál es la cláusula que realmente aplica a la controversia teniendo en cuenta las partes que están involucradas.

Estos son algunos ejemplos de objeciones que deberían tratarse de manera preliminar dado que **(i)** de aceptarse tendrían un efecto totalmente dispositivo sobre el caso; y, **(ii)** su tratamiento puede ser expedito, ya que, al estar totalmente desvinculadas de los méritos del caso, se intercambiarán únicamente argumentos de derecho y, como hemos visto de algunos de los casos presentados, no es necesaria la realización de una audiencia, lo que hace que esta etapa pueda ser llevada a cabo en pocos meses.

8. Conclusión

En definitiva, aún queda mucho camino por recorrer para bifurcar los procedimientos. La falta de una legislación expresa a un nivel internacional, y la falta de uniformidad en la jurisprudencia, deja un hueco que debe ser llenado. Las cuestiones relativas a si existe una presunción a favor de la bifurcación, o si depende de la única discreción de los árbitros; o si es suficiente con que una sola objeción, de las muchas que se han presentado, cumpla la norma; o si es mejor suspender o continuar con la fase del fondo; y otras, no han sido aun plenamente contestadas.

No obstante, y a pesar de todas las inconsistencias, parece haber un acuerdo sobre los criterios básicos que deberían cumplirse para, al menos, considerar la posibilidad de abordar las objeciones jurisdiccionales como cuestión preliminar. El caso Glamis Gold trazó las directrices que se han seguido una y otra vez, y cada nuevo caso que se refiere a esta norma ha añadido una nueva pieza al rompecabezas, a partir del cual podemos ir construyendo un cuadro completo sobre bajo qué criterios procede la bifurcación, y cómo aplicarla.

Finalmente, si bien son los tribunales quienes pueden y deben evaluar de mejor manera las circunstancias del caso para determinar en qué casos la bifurcación es apropiada, lo que se busca por medio de una regulación es reducir el tiempo y los costos del arbitraje. Por esta razón la propuesta se ha planteado en base a tres excepciones (Sección 7) que son comunes en los arbitrajes de inversión y que, en gran parte, no tienen relación con el fondo del caso. De esta manera, de aceptarse la bifurcación por parte del tribunal, un proceso expedito de pocos meses podría evitar un proceso fallido de varios años.

La admisibilidad de la acción extraordinaria de protección contra decisiones arbitrales

Juan Sebastián Baquero Correa *
*Lorena Barrazueta Bucaram***

Recibido/Received: 07/08/2020
Aceptado/Accepted: 16/09/2020

Sumario: 1. Introducción. **2.** La decisión de los árbitros debe ser objeto de la acción. **2.1.** Conceptualizaciones sobre el objeto de la acción. **2.2.** Decisiones arbitrales que son objeto de la acción. **2.2.1.** Laudos arbitrales. **2.2.2.** Decisión de competencia de los árbitros. **2.2.2.1.** Primer escenario: la declaratoria positiva de competencia en la audiencia de sustanciación. **2.2.2.2.** Segundo escenario: la declaratoria negativa de competencia en la audiencia de sustanciación. **2.2.2.3.** Tercer escenario: el laudo contiene la decisión de competencia de los árbitros. **3.** El agotamiento previo de la acción de nulidad del laudo. **4.** El conteo del término para la presentación de la acción por parte de quienes actuaron en el arbitraje. **5.** El requisito de relevancia constitucional en relación al arbitraje. **6.** Conclusiones.

Resumen: En Ecuador, el control constitucional del arbitraje depende de que se supere la fase de admisión de la acción extraordinaria de protección. Por lo tanto, se ofrecerá una

* Asesor jurídico de despacho en la Corte Constitucional del Ecuador. Abogado y profesor adjunto de las clases de Derecho de Daños y Derecho Constitucional en la Universidad San Francisco de Quito. Correo electrónico: jsbaquero@hotmail.com

** Asesora jurídica de despacho en la Corte Constitucional del Ecuador. Abogada por la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Estudiante de la Especialización Superior de Derecho Constitucional de la Universidad Andina Simón Bolívar y de la Diplomatura en Arbitraje de la Universidad Austral de Argentina. Correo electrónico: ma.lorena.bb@gmail.com

J. Baquero Correa & L. Barrazueta Bucaram, "La admisibilidad de la acción extraordinaria de protección contra decisiones arbitrales", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 11, 2020, pp. 261-305.

ISSN: 2600-5611 / e-ISSN: 2600-562X
DOI: 10.36649/rea1110

guía sobre algunos requisitos de admisibilidad de la acción extraordinaria de protección, a efectos de activar el control constitucional del arbitraje.

Palabras Clave: control constitucional, arbitraje, admisibilidad, acción extraordinaria de protección, decisiones arbitrales.

The admissibility stage of the extraordinary action for protection against arbitral decisions

Abstract: In Ecuador, constitutional review of arbitral proceedings depends on overcoming the admissibility stage of the extraordinary action for protection. Therefore, this paper provides a guide about some admissibility requirements to trigger the constitutional review of arbitral proceedings.

Keywords: constitutional review, arbitration, admissibility, extraordinary action for protection, arbitral rulings.

1. Introducción

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, las violaciones de derechos constitucionales cometidas por los árbitros en su actividad jurisdiccional pueden ser solventadas mediante dos tipos de controles al arbitraje: **(i)** el control judicial a través de la acción de nulidad del laudo; y, **(ii)** el control constitucional[1] por medio de la acción extraordinaria de protección[2]. En ambos casos, las demandas que dan inicio a estas acciones

1. En este documento, se hace referencia al control de constitucionalidad de los actos de los árbitros y no al control difuso de constitucionalidad y convencionalidad por el árbitro. Sobre la diferencia, véase: F. González de Cossío, "Procesos constitucionales y procesos arbitrales: ¿agua y aceite?", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 6, 2014, p. 242.
2. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 323-13-EP/19, Caso No. 323-13-EP, 19/11/2019, párr. 30; y, Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 31-14-EP/19, Caso No. 31-14-EP, 19/112019, párr. 49.

deben superar una etapa de admisibilidad, como una puerta de entrada al control del arbitraje.

Por un lado, la puerta para ingresar al control judicial del arbitraje tiene un candado regular y sencillo de abrir: la oportunidad de la acción. Basta que los presidentes de las cortes provinciales constaten que la demanda de acción de nulidad de laudo fue presentada dentro del término establecido en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM), a efectos de admitirla a trámite y pasar al control judicial[3].

Por otro lado, la puerta para acceder al control constitucional del arbitraje tiene un candado que se desbloquea únicamente cuando se completa una secuencia específica de exigentes requisitos. Si falta o se falla en tan solo uno, este modelo de cerradura no se abre.

Así, la admisibilidad de una demanda de acción extraordinaria de protección depende del estricto cumplimiento de una serie de exigencias constitucionales y legales. Estas son: **(i)** que la decisión impugnada sea objeto de la acción según los artículos 94 y 437 de la Constitución y el artículo 58 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC); **(ii)** que el accionante se encuentre legitimado para presentar la demanda conforme al artículo 59 de la LOGJCC; **(iii)** que la acción se haya propuesto dentro del término establecido en el artículo 60 de la LOGJCC, en concordancia con el numeral 6 del artículo 62 de la LOGJCC; **(iv)** que la demanda cumpla los requisitos formales[4] del

3. Resolución No. 8-2017 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, Artículo 1(3), RO No. 983, 12/04/2017.
4. Los requisitos del artículo 61 de la LOGJCC son: **(i)** la calidad en la que comparece la persona accionante; **(ii)** la constancia de que la sentencia o auto está ejecutoriada; **(iii)** la demostración de haber agotado los recursos ordinarios y extraordinarios, salvo que sean ineficaces o inadecuados o que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia del titular del derecho constitucional vulnerado; **(iv)** señalamiento de la judicatura, sala o tribunal del que emana la decisión violatoria del derecho constitucional; **(v)** la identificación precisa del derecho constitucional violado en la decisión judicial; y, **(vi)** la indicación del momento en que

artículo 61 de la LOGJCC y los criterios de admisibilidad[5] del artículo 62 de la LOGJCC; y, **(vi)** que la demanda no incurra en alguna de las causales de inadmisión[6] del artículo 62 de la LOGJCC[7].

De no cumplirse cada una de las exigencias constitucionales y legales, la acción es inadmitida sin ser sustanciada por la Corte Constitucional. De ahí que el control constitucional del arbitraje no sucede al menos que la demanda supere esta etapa de admisibilidad agravada, que durante el año 2019 tuvo una tasa de admisión aproximada del 6,52%[8].

---

se alegó la violación ante la jueza o juez que conoce la causa, en los casos en que la violación ocurrió durante el proceso.

5. Los numerales 1, 2 y 8 del artículo 62 de la LOGJCC establecen exigencias en positivo para los accionantes, es decir, lo que *debe* contener la demanda de acción extraordinaria de protección. Esto es: **(i)** un argumento claro sobre cómo una acción u omisión de la autoridad jurisdiccional violó, de forma directa e inmediata, un derecho constitucional en el marco del proceso; **(ii)** una justificación argumentada sobre la relevancia constitucional del problema jurídico y de la pretensión; y, **(iii)** que el admitir la acción permita solventar una violación grave de derechos, establecer precedentes judiciales, corregir la inobservancia de precedentes establecidos por la Corte Constitucional y sentenciar sobre asuntos de relevancia y trascendencia nacional. Si bien el numeral 6 del artículo 62 de la LOGJCC también determina una exigencia en positivo, los tribunales de la Sala de Admisión de la Corte Constitucional analizan la oportunidad por separado de los demás criterios del artículo 62 de la LOGJCC, como un requisito autónomo por el artículo 60 de la LOGJCC.
6. Los numerales 3, 4 y 5 del artículo 62 de la LOGJCC establecen exigencias en negativo para los accionantes, es decir, lo que *no debe* contener la demanda de acción extraordinaria de protección. Esto es: **(i)** el fundamento de la acción no deber agotarse solamente en la consideración de lo injusto o equivocado de la decisión impugnada; **(ii)** el fundamento de la acción no debe sustentarse en la falta de aplicación o errónea aplicación de la ley; y, **(iii)** el fundamento de la acción no debe referirse a la apreciación de la prueba por parte de la autoridad jurisdiccional. El numeral 7 del artículo 62 de la LOGJCC también determina una exigencia en negativo. Sin embargo, esta no resulta pertinente para la impugnación de decisiones arbitrales porque se refiere a la imposibilidad de plantear acciones extraordinarias de protección contra decisiones del Tribunal Contencioso Electoral durante procesos electorales.
7. Los tribunales de la Sala de Admisión de la Corte Constitucional han denominado a las exigencias en positivo del artículo 62 de la LOGJCC como "criterios de admisibilidad" o "requisitos de admisibilidad"; y a las exigencias en negativo, como "causales de inadmisión". Esta distinción entre los numerales del artículo 62 de la LOGJCC puede verse, por ejemplo, en los siguientes autos recientes: Corte Constitucional del Ecuador, Auto de inadmisión, Caso No. 77-20-EP, 21/05/2020, párr. 13; Corte Constitucional del Ecuador, Auto de inadmisión, Caso No. 316-20-EP, 04/062020, párr. 11; Corte Constitucional del Ecuador, Auto de inadmisión, Caso No. 32-20-EP, 21/05/2020, párr. 16.
8. Desde que se posesionaron los actuales jueces de la Corte Constitucional el 5 de febrero de 2019 hasta febrero de 2020, la Sala de Admisión del organismo resolvió sobre la admisibilidad de 5852 casos de distintas acciones y de estos casos, se admitieron 382 acciones extraordinarias de protección. Estos datos constan en las páginas 72 y 73 del Boletín Jurisprudencial de la Corte Constitucional, Edición Anual 2020, elaborado por la Secretaría Técnica Jurisdiccional de la Corte Constitucional y editado por Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional. En términos generales, incluyendo otras acciones y no solo extraordinarias de protección, la tasa

Vista la dificultad para superar la admisibilidad del control constitucional del arbitraje, el presente documento está destinado a dar una guía a la comunidad arbitral sobre algunos requisitos que se exigen en la fase de admisión de la acción extraordinaria de protección, lo que puede ser de utilidad cuando se intente remover el candado de la puerta de entrada.

Particularmente, este documento se enfocará en el análisis de cuatro requisitos de admisibilidad que pueden generar dudas a los usuarios del arbitraje: **(i)** qué decisiones arbitrales se pueden impugnar mediante acción extraordinaria de protección; **(ii)** en qué casos se debe agotar la acción de nulidad del laudo y cuál es la consecuencia de la falta de agotamiento; **(iii)** cómo se cuenta el término para presentar la acción, especialmente, cuando ha existido un agotamiento indebido de medios de impugnación; y, **(iv)** qué puede ser considerado constitucionalmente relevante en la fase de admisión.

2. La decisión de los árbitros debe ser objeto de la acción

Uno de los principales requisitos de la acción extraordinaria de protección radica en que la decisión jurisdiccional impugnada constituya objeto de esta garantía. En el siguiente apartado se realizará un análisis en abstracto sobre este requisito para posteriormente aterrizarlo sobre distintas decisiones arbitrales dictadas dentro del arbitraje nacional.

2.1. Conceptualizaciones sobre el objeto de la acción

La acción extraordinaria de protección fue diseñada por el constituyente como un mecanismo *excepcional* para que la

de admisión es de 8.2%, conforme lo expuso la jueza constitucional Daniela Salazar Marín en el segundo día del evento "Jornadas de Justicia Constitucional 2020: Avances y desafíos de la Corte Constitucional del Ecuador" realizado en Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 11/02/2020.

Corte Constitucional efectúe un control de constitucionalidad de las actuaciones u omisiones jurisdiccionales que vulneren derechos. En tal sentido, en la Asamblea Constituyente se estableció:

> [e]l alcance de las competencias asignadas a la Corte Constitucional, de ninguna manera vulnera las competencias que le son propias a las funciones del Estado. [...] Esta revisión [en la acción extraordinaria de protección] no significa intromisión, pues la Corte Constitucional está por fuera de las Funciones del Estado, y no significa una jerarquía superior a la autoridad máxima de la Función Judicial. *No es la creación de una nueva instancia procesal, pues el control de la constitucionalidad de las sentencias, se dará por excepción* [...] (énfasis añadido)[9].

Una de las manifestaciones del carácter excepcional de esta acción constitucional es que los artículos 94 y 437 de la Constitución, en concordancia con el artículo 58 de la LOGJCC, remarcan que esta únicamente cabe respecto de decisiones jurisdiccionales calificadas: "sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia"[10]. Por lo que, resulta claro que no cualquier decisión es objeto de acción extraordinaria de protección.

Sobre este tema, la Corte Constitucional ha indicado:

> [l]a acción extraordinaria de protección como garantía jurisdiccional tiene el objeto de tutelar los derechos y garantías de vulneraciones provenientes de *decisiones jurisdiccionales calificadas*. [...] *El carácter extraordinario de la garantía radica*

9. Asamblea Constituyente, Acta No. 72 de la Mesa 3, 30/06/2008. Asimismo, en relación a la excepcionalidad de la garantía, Guerrero del Pozo establece que "la intención del constituyente fue que la acción extraordinaria de protección sea una garantía jurisdiccional que se la utilice de forma excepcional". J. Guerrero del Pozo, *El agotamiento de recursos previo a la acción extraordinaria de protección ¿Un presupuesto material o procesal?*, 1ra. Ed., Serie Magíster, Vol. 217, Universidad Andina Simón Bolívar y Corporación Editora Nacional, 2017, p. 34.
10. Desde el primer borrador de 20 de junio de 2008 que la Mesa 1 ('Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales') de la Asamblea Constituyente remitió a la Mesa 8 ('Justicia ordinaria, Servicios notariales y Garantías constitucionales') se observa que se delineaba que esta únicamente proceda contra ciertas decisiones, pues el artículo 17 establecía "[e]l recurso de amparo procede contra sentencias o autos definitivos en los que se hayan violado derechos reconocidos en esta Constitución".

> *justamente en esta calificación constitucional*, dado que una interpretación integral de nuestra Carta Fundamental impone la armonización de la presente garantía jurisdiccional con el sistema procesal de justicia ordinario [...] (énfasis añadido)[11].

En *atención* a la excepcionalidad de la acción, precisamente el cumplimiento de su objeto constituye el primer requisito de admisibilidad que la Sala de Admisión de la Corte Constitucional verifica[12]. Si la acción no cumple este requisito, resulta inoficioso que se continúe realizando el análisis de admisibilidad.

Sin embargo, la verificación de este requisito no es patrimonio exclusivo de la fase de admisibilidad, pues por su importancia el Pleno de la Corte también está facultado para pronunciarse sobre la ausencia de este requisito al momento de sustanciar el proceso, a diferencia de lo que ocurre con otras cuestiones de admisibilidad[13].

En tal sentido, en la Sentencia No. 154-12-EP/19, la nueva Corte Constitucional advirtió que "si la Corte se pronuncia sobre demandas que no cumplen los presupuestos para que se configure la acción, la Corte estaría desnaturalizando el objeto de la acción extraordinaria de protección". Por esto, estableció como excepción al 'precedente de preclusión'[14] que "si en la etapa de sustanciación el Pleno de la Corte identifica, de oficio,

---

11. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 1944-12-EP/19, Caso No. 1944-12-EP, 05/112019, párr. 33.
12. Según el artículo 437 de la Constitución: "[...] *Para la admisión* de este recurso la Corte constatará el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1. Que se trate de sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriados [...]" (énfasis añadido).
13. La Corte Constitucional únicamente ha establecido dos excepciones a la preclusión de la fase de admisión: la falta de agotamiento de mecanismos impugnativos y la falta de cumplimiento del objeto de la acción extraordinaria de protección. En situaciones en las que se ha verificado en fase de sustanciación que la acción fue presentada extemporáneamente, la Corte Constitucional ha establecido que no puede volver a pronunciarse sobre este aspecto. Véase: Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 1527-13-EP/19, Caso No. 1527-13-EP, 23/10/2019, párr. 25.
14. La anterior conformación de la Corte Constitucional dictó la Sentencia No. 037-16-SEP-CC, conocida como el '*precedente de preclusión*', en la que estableció que cuando se ha "superado la fase de admisión, el Pleno de la Corte Constitucional en la fase de procedibilidad deberá dictar sentencia en la cual se analice el fondo del asunto [...] sin que pueda volver a analizar los presupuestos de admisibilidad ya superados en la primera fase de esta acción". Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 037-16-SEP-CC, Caso No. 0977-14-EP, 03/02/2016, p. 29-31.

que el acto impugnado no sea una sentencia, un auto definitivo o una resolución con fuerza de sentencia [...] la Corte no puede verse obligada a pronunciarse sobre el mérito del caso"[15].

Ahora bien, para efectos de conocer si una decisión califica como objeto de acción extraordinaria de protección, es preciso determinar qué se entiende por una sentencia, un auto definitivo y una resolución con fuerza de sentencia.

Primero, el artículo 88 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP), define a la sentencia como la "decisión de la o del juzgador acerca del asunto o asuntos sustanciales del proceso"[16].

Segundo, sobre los autos definitivos, no existe una norma procesal que expresamente los defina[17]. Por lo cual, la nueva conformación de la Corte Constitucional vio la necesidad de explicar cuándo una decisión califica como auto definitivo:

> [...] *un auto definitivo es aquel que pone fin al proceso del que emana. Un auto que pone fin al proceso es aquel que se pronuncia de manera definitiva sobre la materialidad de las pretensiones, causando cosa juzgada material o sustancial; o aquel que, previo a pronunciarse sobre el fondo de las pretensiones, impide que el proceso continúe y que las pretensiones puedan ser discutidas en otro proceso*. También podrían ser objeto de acción extraordinaria de protección, de manera excepcional y cuando la Corte Constitucional, de oficio, lo considere procedente, los autos que, sin cumplir con las características antes señaladas, causan un gravamen irreparable. Un auto que causa un gravamen irreparable es aquel que genera una vulneración de derechos constitucionales que no puede ser reparada a través de otro mecanismo procesal (énfasis añadido)[18].

15. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 154-12-EP/19, Caso No. 154-12-EP, 20/08/2019, párrs. 52-53.
16. Sobre la definición de sentencia en el COGEP, véase: O. Navas Tapia, *Teoría General del Proceso*, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2019, p. 262.
17. Nótese que el artículo 88 del COGEP únicamente distingue entre autos interlocutorios y de sustanciación.
18. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 154-12-EP/19, Caso No. 154-12-EP, 20/08/2019, párr. 44. Esto fue reiterado en: Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia

No obstante, es importante mencionar que en nuestro sistema el concepto de auto definitivo ya había sido desarrollado en materia casacional desde hace tiempo, pues "la Corte Suprema, a través de sus distintas salas especializadas, ha declarado que no procede el recurso extraordinario [de casación] *cuando la providencia impugnada no es final y definitiva, es decir, no pone fin al proceso sin que sea posible renovar la contienda ni en la misma sede ni en otra diferente*" (énfasis añadido)[19].

Por último, respecto a las resoluciones con fuerza de sentencia, se ha entendido que son aquellas *decisiones* tomadas por órganos que legítimamente ejercen jurisdicción, pero que no forman parte de la Función Judicial[20].

Tras haber explicado qué actos jurisdiccionales son susceptibles de ser impugnados mediante acción extraordinaria de protección, se procederá a analizar cuáles son las decisiones arbitrales que pueden ser objeto de esta garantía jurisdiccional.

2.2. Decisiones arbitrales que son objeto de la acción

2.2.1. Laudos arbitrales

En la doctrina, se ha discutido si los laudos arbitrales son objeto de acción extraordinaria de protección a la luz del principio de alternatividad y de la ausencia de una norma que los incluya expresamente[21]. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional no parece haber titubeado en establecer que

No. 1534-14-EP/19, Caso No. 1534-14-EP, 20/08/2019, párr. 12.

19. S. Andrade Ubidia, *La casación civil en el Ecuador*, Universidad Andina Simón Bolívar, 2005, p. 75.
20. R. Oyarte Martínez, *Acción Extraordinaria de Protección,* Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017, p. 167-170.
21. En contra, véase: E. Neira Orellana , "La Constitución de 2008 y el arbitraje bajo la ley ecuatoriana: análisis de dos problemas que surgen antes que del texto constitucional, de su equivocada aplicación", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 3, 2011. A favor, véase: R. Oyarte Martínez, N. 20, p. 187-190; J. L. Mazón San Martín, *El Estado como legitimado activo en las acciones extraordinarias de protecció*n,<https://bit.ly/3284knC> (27/07/2020).

esta garantía jurisdiccional procede contra laudos arbitrales y hoy existen múltiples precedentes que así lo establecen[22].

En la medida que los laudos arbitrales tienen efecto de sentencia ejecutoriada (artículo 32 de la LAM) y que los árbitros ejercen funciones jurisdiccionales (artículo 7 del Código Orgánico de la Función Judicial), la Corte Constitucional ha determinado que los laudos son una resolución con fuerza de sentencia, objeto de acción extraordinaria de protección.

Las anteriores y la actual conformación de la Corte Constitucional han coincidido a lo largo de su jurisprudencia en este aspecto y han determinado que los laudos arbitrales son susceptibles de ser impugnados a través de esta garantía[23]. En este sentido, la actual Corte ha establecido que "existe el control constitucional de laudos arbitrales en caso de que estos violen el debido proceso u otros derechos constitucionales y que no exista el remedio procesal en la justicia ordinaria para subsanarlos"[24].

Aunque en una primera mirada podría considerarse que todo laudo arbitral es objeto de acción *extraordinaria* de protección, existen situaciones en las que el laudo no se encuentra dotado de cosa juzgada material sino únicamente formal[25]. De ahí que podría suscitarse la discusión sobre si

22. Véase: Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 169-12-SEP-CC, Caso No. 1568-10-EP, 26/04/2012, p. 12; Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 123-13-SEP-CC, Caso No. 1542-11-EP, 19/12/2013, p. 8; Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 113-15-SEP-CC, Caso No. 543-14-EP, 08/04/2015, p. 7.
23. En relación a la jurisprudencia de la anterior conformación de la Corte Constitucional, ibídem.
24. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 323-13-EP/19, Caso No. 323-13-EP, 19/11/2019, párr. 37.
25. En relación a la cosa juzgada formal, Couture establece "cuando se enfrenta la necesidad de determinar en qué sentido la cosa juzgada obliga a las partes y a los terceros y hasta dónde ejerce su poder vinculatorio, se hace necesario distinguir dos situaciones. Por un lado se ofrece al intérprete la situación de que determinadas decisiones judiciales tienen, aun agotada la vía de los recursos, una eficacia meramente transitoria. Se cumplen y son obligatorias tan solo con relación al proceso en que se han dictado y al estado de cosas que se tuvo en cuenta en el momento de decidir; pero no obstan a que, en un procedimiento posterior, mudado el estado de cosas que se tuvo presente al decidir, la cosa juzgada pueda modificarse. A esta forma particular se le llama, en doctrina, cosa juzgada formal". E. Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ra. Ed., Depalma, 1958, p. 416.

estas decisiones son susceptibles de acción extraordinaria de protección.

Debe recordarse que aunque no han existido mayores inconvenientes en admitir que se puede plantear esta garantía jurisdiccional contra decisiones dotadas de cosa juzgada material, existe incertidumbre y falta de uniformidad en relación a la procedencia de la acción contra decisiones únicamente dotadas de cosa juzgada formal.

El artículo 94 de la Constitución realiza una referencia a la *definitividad*, misma que como hemos mencionado en la sección anterior se relaciona con la cosa juzgada material. Aunque resulte curioso que la norma constitucional únicamente lo mencione en el caso de los "*autos definitivos*", podría discutirse si el resto de las decisiones jurisdiccionales no deban también cumplir con este requisito.

Bajo una interpretación literal, se podría considerar que este requisito solo es aplicable a los autos y no a los laudos arbitrales. Sin embargo, no parece consistente aceptar que sea posible presentar acción extraordinaria de protección contra un laudo arbitral que no resuelva el fondo de la controversia porque acepta una excepción como ilegitimidad de personería, incompleta conformación del litis consorcio o de incompetencia de los árbitros; y, al mismo tiempo, negar que una decisión de este tipo, proveniente de la justicia ordinaria, califique como objeto únicamente por dictarse a través de un auto[26].

Además, la justicia constitucional constituye "una vía extraordinaria y reactiva ante las *insuficiencias* del poder

26. Conforme al artículo 294 del COGEP, "la audiencia preliminar se desarrollará conforme con las siguientes reglas: [...] 1. Instalada la audiencia, la o el juzgador solicitará a las partes se pronuncien sobre las excepciones previas propuestas. De ser pertinente, serán resueltas en la misma audiencia".

público para garantizar los derechos constitucionales"[27] y, por su naturaleza, la acción extraordinaria de protección constituye una excepción a la inmutabilidad de las decisiones dotadas de cosa juzgada. Por lo que, contrario a una interpretación literal, parece lógico que la cosa juzgada material constituya uno de los requisitos de la acción, con independencia de si se trata de una sentencia, auto o laudo arbitral.

Asimismo, en lo que atañe a la cosa juzgada, la Constitución es oscura y poco técnica. Por ejemplo, el artículo 437 del texto constitucional exige como uno de los requisitos de la acción extraordinaria de protección "que se trate de sentencias, autos y resoluciones *firmes o ejecutoriados* (énfasis añadido)", incurriendo en el error de considerar sinónimos a dos conceptos procesales distintos que precisamente se relacionan con la diferencia entre cosa juzgada formal y material[28]. Esto demuestra que una interpretación demasiado literal en esta materia puede resultar problemática.

Finalmente, aunque la nueva Corte Constitucional expresamente no ha dicho que el requisito de "*definitivo*" se extiende a laudos arbitrales, en las Sentencias No. 323-13-EP/19 y 31-14-EP/19 al haber determinado la necesidad de que se agoten todos los mecanismos impugnativos previo a la acción extraordinaria de protección y no solo los recursos, implícitamente ha reconocido la importancia de que el laudo esté dotado de cosa juzgada material para que este sea objeto de la garantía.

27. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 1706-13-EP/19, Caso No. 1706-13-EP, 26/11/2019, párr. 23.
28. La ejecutoriedad se relaciona con el concepto de cosa juzgada formal en tanto la decisión jurisdiccional ejecutoriada es inimpugnable y, por tanto, no es susceptible de recursos dentro del proceso en el que se la dictó. Por otra parte, la firmeza se relaciona con la cosa juzgada material en tanto las decisiones firmes no solo son inimpugnables, sino que son inmodificables al no poder ser revocadas o modificadas en un nuevo proceso. Sobre la confusión incurrida en el artículo 437 de la Constitución, véase: J. Guerrero del Pozo, No. 9, p. 24-32.

De todas formas, se podría discutir si extender el requisito de definitividad a las sentencias y laudos arbitrales consiste en una interpretación extensiva que restringe la garantía, en contra de la prohibición establecida en el artículo 11 numeral 5 del texto constitucional[29]. Por lo cual, es preciso un pronunciamiento expreso que ponga fin a la discusión.

2.2.2. Decisión de competencia de los árbitros

Por regla general, los árbitros toman la decisión sobre su propia competencia en la audiencia de sustanciación, de conformidad con el artículo 22 de la LAM. No obstante, en ciertos casos, los árbitros pueden reservar esta decisión para el laudo, en el evento que las partes hayan convenido expresamente en otorgarles dicha facultad o cuando esta posibilidad está prevista en el reglamento de arbitraje al que se sometieron las partes[30].

Entonces, la decisión de competencia de los árbitros puede localizarse en uno de estos dos momentos: **(i)** la audiencia de sustanciación o **(ii)** el laudo. Asimismo, esta decisión puede ser: **(i)** positiva, cuando los árbitros se declaran competentes; o **(ii)** negativa, cuando se declaran incompetentes. Por lo tanto, se advierten dos variables importantes en relación a la declaratoria de competencia de los árbitros: el momento para resolver y el sentido de la decisión.

---

29. Según el artículo 11 numeral 5 de la Constitución "en materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia".
30. Por ejemplo, el Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil establece que " [...] cuando el Tribunal [en audiencia de sustanciación] considere que la decisión sobre la competencia está estrechamente ligada con el fondo de la controversia, podrá resolver que el pronunciamiento sobre la competencia sea efectuado al expedir el laudo". También, el Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Mediación de la Universidad de Especialidades Espíritu Santo señala que tribunal arbitral podrá decidir en el laudo acerca de las objeciones relativas a su competencia. Al respecto, véase: Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil, Artículo 20(4), 29/01/2007; y, Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Mediación de la Universidad de Especialidades Espíritu Santo, Artículo 41(4).

Tomando en cuenta las variables antedichas, se han identificado tres escenarios que deben ser analizados para determinar cuál acto debe ser el objeto de impugnación en la acción extraordinaria de protección, cuando se trata de una violación de derechos relacionada a la decisión de competencia de los árbitros. Estos son: **(i)** la declaratoria positiva de competencia en la audiencia de sustanciación; **(ii)** la declaratoria negativa de competencia en la audiencia de sustanciación; y, **(iii)** el laudo contiene la decisión de competencia de los árbitros.

2.2.2.1. Primer escenario: la declaratoria positiva de competencia en la audiencia de sustanciación

En este escenario, la decisión de los árbitros no pone fin al proceso, ni impide la continuación del proceso arbitral. Por el contrario, cuando el tribunal arbitral se declara competente, este abre la causa a prueba y ordena que se practiquen las diligencias probatorias solicitadas en la demanda, contestación, reconvención y contestación a esta[31].

Por lo cual, la declaratoria positiva de competencia no califica como una decisión definitiva susceptible de ser impugnada mediante acción extraordinaria de protección. En tal sentido, se ha pronunciado la Sala de Admisión de la Corte Constitucional dentro de los Casos No. 330-19-EP y No. 772-19-EP.

En el Caso No. 330-19-EP, uno de los tribunales de la Sala de Admisión de la Corte Constitucional inadmitió una demanda presentada por la Procuraduría General del Estado respecto de la declaratoria positiva de competencia dictada por un tribunal arbitral en audiencia de sustanciación. La inadmisión se basó en que dicha decisión de los árbitros no era

31. Ley de Arbitraje y Mediación, Artículo 22(2), RO No. 417, 14/12/2006.

objeto de acción extraordinaria de protección bajo el artículo 58 de la LOGJCC. Al respecto, el tribunal de la Sala de Admisión indicó:

> [...] tanto el acta de la audiencia de sustanciación suscrita por los miembros del tribunal, cuanto el auto de 7 de noviembre de 2018 que ratifica lo resuelto en dicha audiencia, constituyen actos procesales que agotan sus efectos en establecer y ratificar la competencia del tribunal para conocer el trámite arbitral y en abrir la fase de prueba. Por lo tanto tales decisiones no resuelven sobre lo principal, no generan resultados definitivos para considerar que ponen fin al proceso y tampoco se observa que puedan causar un gravamen irreparable, pues lo decidido en tales actos bien puede enervarse dentro del mismo trámite ante el tribunal [...][32].

Asimismo, en el Caso No. 772-19-EP, otro tribunal de la Sala de Admisión de la Corte Constitucional inadmitió una demanda propuesta en contra de un tribunal arbitral que, en audiencia de sustanciación, se declaró competente para conocer una controversia relativa a un contrato de distribución. En términos de la Sala de Admisión: "[...] la decisión jurisdiccional impugnada, de 11 de febrero de 2019, no es una sentencia, ni un auto definitivo y tampoco una resolución con fuerza de sentencia"[33]. Por lo cual, concluyó que dicha decisión no era objeto de acción extraordinaria de protección.

En consecuencia, es inadmisible la demanda de acción extraordinaria de protección presentada contra la decisión de los árbitros de declararse competentes en audiencia de sustanciación porque esta no es *definitiva*, conforme lo exige el requisito establecido en el artículo 58 de la LOGJCC. Sin embargo, sería discutible si se podría admitir la acción en algún caso que se logre advertir un gravamen irreparable bajo los estándares fijados por la Corte Constitucional en la Sentencia No. 152-14-EP/19, pues uno de los parámetros es

32. Corte Constitucional del Ecuador, Auto de inadmisión, Caso No. 330-19-EP, 07/08/2019, párr. 6.
33. Corte Constitucional del Ecuador, Auto de inadmisión, Caso No. 772-19-EP, 05/09/2019, párr. 7.

que no exista otro mecanismo procesal para atacar la decisión, y usualmente las normas adjetivas de un arbitraje –convenio arbitral y reglamento de arbitraje– no prevén un mecanismo para revertir la declaratoria positiva de competencia de los árbitros[34].

Sin perjuicio de que en algún caso puntual la Sala de Admisión de la Corte Constitucional admita una demanda por un posible gravamen irreparable, se ha determinado que, por regla general, la declaratoria positiva de competencia no es objeto de acción extraordinaria de protección ya que no pone fin al proceso arbitral. Por lo cual, corresponde analizar cuál es el acto jurisdiccional impugnable por una violación de derechos relacionada a la decisión de competencia de los árbitros.

Al respecto, recientemente, la Corte Constitucional ha indicado que "si el laudo impugnado no contiene la decisión sobre la competencia de los árbitros, mal podría vulnerar el derecho de la accionante al debido proceso en la garantía del juez competente"[35]. Es decir, este tipo de laudos no *causan* la vulneración del derecho. Sin embargo, esto no excluye que dichos laudos puedan ser el *resultado* de una violación ocurrida durante el proceso, particularmente en la audiencia de sustanciación donde los árbitros declaran su competencia.

En esta línea, es necesario precisar que la acción extraordinaria de protección no se limita a tutelar las violaciones al debido proceso cometidas por la autoridad jurisdiccional en una decisión jurisdiccional, sino también aquellas que hayan tenido lugar en la tramitación de la causa[36].

34. En los Casos No. 330-19-EP y No. 772-19-EP, los tribunales de la Sala de Admisión de la Corte Constitucional no observaron alguna particularidad que permita establecer un posible gravamen irreparable, a efectos de admitir la acción pese que las decisiones impugnadas no cumplían con ser definitivas.
35. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 31-14-EP/19, Caso No. 31-14-EP, 19/11/2019, párr. 61.
36. En los numerales 5 y 6 del artículo 61 de la LOGJCC, se distinguen los requisitos de admisibilidad que debe cumplir la demanda de acción extraordinaria de protección, dependiendo de si la violación de derechos ocurrió **(i)** en la decisión jurisdiccional o **(ii)** durante el proceso. En el

No obstante, en todos los casos, el artículo 58 de la LOGJCC exige que la demanda esté planteada contra una decisión jurisdiccional, incluso cuando la vulneración haya ocurrido durante el proceso y no propiamente en la decisión.

Cuando la vulneración sucede durante el proceso, el objeto de impugnación es la decisión definitiva que resulta del proceso violatorio de derechos. Por ejemplo, en los casos que no se ha citado o notificado a una de las partes y esta no ha podido ejercer su derecho a la defensa, la Corte Constitucional ha aceptado como objeto de la acción a la providencia que puso fin al proceso, a pesar de que la violación haya sucedido durante la tramitación de la causa (falta de citación o notificación) y la decisión contenida en la providencia impugnada, en sí misma, no vulnere derechos[37].

De la misma manera, una vulneración de derechos relacionada a la decisión de competencia de los árbitros no sería imputable al laudo porque esta habría ocurrido en un momento procesal distinto, durante la audiencia de sustanciación. Sin embargo, al ser la decisión definitiva que pone fin al arbitraje, el laudo constituiría el objeto impugnable para cumplir el requisito del artículo 58 de la LOGJCC.

Vale enfatizar que, como el laudo no sería el acto violatorio del derecho al debido proceso en la garantía del juez competente, la admisibilidad de la demanda dependería también del cumplimiento del requisito previsto en el artículo 61(6) de la LOGJCC, según el cual se debe indicar que **(i)** la vulneración ocurrió durante el proceso y **(ii)** el momento en que el accionante alegó la violación ante los árbitros. Sobre el

primer caso, se exige que la demanda contenga la "[i]dentificación precisa del derecho constitucional violado en la decisión judicial"; y, en el segundo caso, se requiere "[...] la indicación del momento en que se alegó la violación ante la jueza o juez que conoce la causa".

37. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 1391-14-EP/20, Caso No. 1391-14-EP, 29/01/2020; Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 391-14-EP/20, Caso No. 391-14-EP, 27/02/2020; y, Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 341-14-EP/20, Caso No. 341-14-EP, 22/01/2020.

momento oportuno para hacerlo, la Corte Constitucional ha indicado:

> [...] la Corte considera necesario destacar que la alegación sobre presuntas vulneraciones a la garantía constitucional a ser juzgado por juez competente, vía acción extraordinaria de protección, requiere que el accionante haya agotado todos los mecanismos procesales contemplados por el marco legal adjetivo previstos para la subsanación del vicio. En efecto, *resulta improcedente que, por ejemplo, sin activar la excepción de incompetencia en el juicio ordinario, se alegue la falta de competencia en la acción extraordinaria de protección* (énfasis añadido)[38].

En consecuencia, cuando en la demanda de acción extraordinaria de protección se alegue una violación de derechos en relación a la decisión de competencia de los árbitros, es necesario que antes se haya presentado la excepción de incompetencia en el arbitraje.

Por lo expuesto, se puede concluir que la acción extraordinaria de protección que se propone contra el laudo, por una violación ocurrida en la audiencia de sustanciación donde los árbitros declararon positivamente su competencia, cumple con el requisito del artículo 58 de la LOGJCC. Sin embargo, en este escenario, la demanda también debe cumplir el requisito del artículo 61(6) de la LOGJCC y, para que posteriormente prospere la alegación de violación del debido proceso en la garantía del juez competente, se requiere que el accionante haya alegado la excepción de incompetencia en el arbitraje.

2.2.2.2. Segundo escenario: la declaratoria negativa de competencia en la audiencia de sustanciación

En este escenario, la decisión de los árbitros puede ser analizada bajo dos perspectivas: **(i)** esta puede ser equiparada

38. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 838-12-EP/19, Caso No. 838-12-EP, 04/09/2019, párr. 30; y, Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 1598-13-EP/19, Caso No. 1598-13-EP, 04/12/2019, párr. 20.

a un auto inhibitorio de un juez; o, **(ii)** puede ser considerada como un pronunciamiento definitivo sobre el contrato de arbitraje.

En relación a la primera perspectiva, se observa que la declaratoria de incompetencia de un tribunal arbitral produce que las partes trasladen la misma litis a otro proceso ante la justicia ordinaria. Es decir, la decisión de los árbitros –al igual que la inhibición de un juez– no tiene la aptitud de impedir que las pretensiones de la demanda se discutan en otro proceso. Por lo cual, esta no calificaría como definitiva y como tal, no sería objeto de acción extraordinaria de protección.

Respecto a decisiones judiciales de inhibición por falta de competencia, la Sala de Admisión de la Corte Constitucional ha indicado que las mismas no son susceptibles de ser impugnadas mediante acción extraordinaria de protección. Por ejemplo, en el Caso No. 2826-18-EP, un tribunal de la Sala de Admisión señaló:

> [d]e la demanda se evidencia que el accionante propone acción extraordinaria de protección en contra del fallo de segundo nivel que confirma la *sentencia inhibitoria*, la que no produce efectos de cosa juzgada material porque existe la posibilidad que la demanda sea presentada nuevamente, por lo tanto, al no constituir una decisión definitiva, no es objeto de la acción extraordinaria de protección (énfasis añadido)[39].

En la misma línea, otro tribunal de la Sala de Admisión manifestó que "[...] una sentencia inhibitoria goza de cosa juzgada formal, más [sic.] no de cosa juzgada sustancial, por lo que se puede volver a discutir las pretensiones"[40].

---

39. Corte Constitucional del Ecuador, Auto de inadmisión, Caso No. 2826-18-EP, 26/06/2019, párr. 6.
40. Corte Constitucional del Ecuador, Auto de inadmisión, Caso No. 2934-19-EP, 16/01/2020, párr. 9. También, véase: Corte Constitucional del Ecuador, Auto de inadmisión, Caso No. 2422-18-EP, 27/06/2019, párr. 7; Corte Constitucional del Ecuador, Auto de inadmisión, Caso No. 1924-18-EP, 17/04/2019, párr. 13, Corte Constitucional del Ecuador, Auto de inadmisión, Caso No. 15-19-EP, 30/05/2019, párr. 9.

Por lo tanto, si se acepta la primera postura y se equipara la decisión de los árbitros a la inhibición judicial, no resulta admisible la acción extraordinaria de protección propuesta *contra* la declaratoria de incompetencia de los árbitros en audiencia de sustanciación, bajo la línea de pronunciamientos de la Sala de Admisión de la Corte Constitucional.

Por otro lado, la segunda perspectiva de análisis es tomar a la declaratoria negativa de competencia como un pronunciamiento definitivo sobre el contrato de arbitraje. Sobre este tema, debe entenderse que, para resolver sobre su propia competencia, los árbitros interpretan el convenio arbitral y determinan las cuestiones relativas a la existencia, validez y alcance de este contrato, pues su jurisdicción nace del convenio arbitral y los límites de su competencia se encuentran fijados en los términos del acuerdo[41].

Entonces, los árbitros se declaran incompetentes solo cuando concluyen: **(i)** que no existe convenio arbitral; **(ii)** que el convenio arbitral es nulo[42]; o, **(iii)** que el alcance del convenio arbitral en razón de las personas, el objeto y/o la materia no abarca la controversia puesta en su conocimiento. Este pronunciamiento de los árbitros sobre la existencia, validez y alcance del convenio arbitral no es susceptible de recurso alguno en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, una vez que se declaran incompetentes en la audiencia de sustanciación.

No caben los recursos horizontales de revocatoria o reforma, pues la norma supletoria solo habilita estos recursos respecto de autos de sustanciación que son providencias de

41. E. Zuleta Jaramillo, "El arbitraje en razón de la materia", en E. Silva Romero, *El Contrato de Arbitraje,* Legis Editores S.A., 2005, p. 223; J. Merino Merchán & J. Chillón Medina, *Tratado de Derecho Arbitral*, Editorial Civitas, 2014, p. 512.
42. Según Caivano "si la causal [de nulidad] está específiamente referida a la cláusula arbitral, [...] será el principio *kompetenz-kompetenz* el que sustentará la atribución de los árbitros para juzgar la cuestión de la que depende su propia competencia. Naturalmente, si la causal invocada se demuestra, y es idónea para privar la validez al acuerdo arbitral, los árbitros deberán declararse incompetentes". R. Caivano, "El contrato de arbitraje y su autonomía respecto del contrato que lo contiene", *Derecho y Ciencias Sociales*, No. 13, 2015, p. 30.

trámite; y, tampoco cabe la acción de nulidad del artículo 31 de la LAM porque este medio de impugnación está diseñado para proceder solo respecto del laudo y no de la declaratoria de incompetencia de los árbitros[43].

Por lo cual, bajo esta segunda perspectiva, la declaratoria negativa de competencia de los árbitros cumpliría los parámetros de un auto definitivo, toda vez que **(i)** pone fin al proceso arbitral, **(ii)** resuelve una cuestión sobre la materialidad del contrato de arbitraje y **(iii)** la decisión de existencia, validez y alcance del convenio arbitral no puede ser discutida en otro proceso tras la declaratoria de incompetencia. Consecuentemente, de aceptarse esta postura, una acción extraordinaria de protección podría ser admitida respecto de la decisión de los árbitros de declararse incompetentes.

En cuanto a esta segunda posible perspectiva, no existe ningún pronunciamiento de la actual Corte Constitucional. Sin embargo, es preciso manifestar que en una Sala de Admisión, conformada por los anteriores jueces constitucionales, se admitió una acción extraordinaria de protección propuesta por la parte actora de un arbitraje en el que el árbitro único se declaró incompetente en audiencia de sustanciación[44]. No obstante, en el auto de admisión no constan los motivos por los cuales se consideró que la declaratoria negativa de competencia cumplía con el requisito establecido en el artículo 58 de la LOGJCC y podría obedecer a una falta de verificación suficiente de los requisitos de admisibilidad.

---

43. Tómese en cuenta que, previo a la vigencia del COGEP, la norma supletoria de Ley de Arbitraje y Mediación era el Código de Procedimiento Civil que habilitaba la interposición de los recursos horizontales de reforma y revocatoria sobre cualquier providencia, exceptuando la Sentencia (artículos 281 y 289). Por lo cual, algunos autores consideraban que la decisión de competencia de los árbitros, tomada en audiencia de sustanciación, era impugnable mediante los recursos horizontales de reforma y revocatoria. Por ejemplo, véase: R. García Sosa, "Nulidades en el proceso y en el laudo arbitral", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 4, 2013, p. 143. Actualmente, el COGEP solo admite la interposición de dichos recursos contra autos de sustanciación (artículo 254).
44. Corte Constitucional del Ecuador, Auto de admisión, Caso No. 638-17- EP, 06/06/2017.

Finalmente, cabe mencionar que dicha causa aún no ha sido resuelta en sentencia, por lo que se desconoce la posición del Pleno de la actual Corte Constitucional, quien podría revisar el objeto de la acción en aplicación del precedente No. 154-12-EP/19. En consecuencia, la cuestión de si la declaratoria de incompetencia de los árbitros es o no objeto de acción extraordinaria de protección todavía no se encuentra totalmente zanjada.

2.2.2.3. Tercer escenario: el laudo contiene la decisión de competencia de los árbitros

Como se indicó previamente, la Corte Constitucional ha establecido que el laudo que no contiene la decisión de competencia de los árbitros no puede ser la causa de una violación del debido proceso en la garantía del juez competente. *Contrario sensu*, podría entenderse que dicha vulneración sí podría imputarse a cualquier laudo que abarque la decisión de competencia de los árbitros.

No obstante, se observa que no todo laudo que contenga la decisión de competencia puede ser objeto de acción extraordinaria de protección, pues el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 58 de la LOGJCC dependerá del sentido de la declaratoria de competencia comprendida en el laudo.

En el evento que los árbitros decidan declararse incompetentes en el laudo, estos no se pronunciarán sobre la controversia entre las partes. De ahí que caben las mismas consideraciones que en el *segundo escenario*. Es decir, no hay certeza si estos laudos son objeto o no de acción extraordinaria de protección porque la disputa de fondo puede ventilarse en otro proceso ante un juez ordinario sin que exista en estricto sentido cosa juzgada material, aunque también sea posible

considerar que estos contienen un pronunciamiento material sobre el contrato de arbitraje.

Por otro lado, cuando el laudo contiene una declaratoria positiva de competencia y resuelve el fondo de la controversia, mantiene su naturaleza como el equivalente de una sentencia ejecutoriada que genera cosa juzgada[45]. Al poner fin al proceso sin la posibilidad de que las pretensiones sean discutidas en otro juicio, estos laudos son decisiones jurisdiccionales definitivas y como tal, impugnables mediante acción extraordinaria de protección.

3. El agotamiento previo de la acción de nulidad del laudo

El carácter residual de la acción extraordinaria de protección significa que esta solo se puede activar cuando no quede por intentarse ninguna otra vía que permita cuestionar el acto jurisdiccional que se considera gravoso, pues "cuando una acción es residual nos enfrentamos a una escalera, en la cual el último escalón es la acción residual y no es posible acceder a él hasta que no se haya atravesado el resto de peldaños"[46].

En atención a este carácter residual, los artículos 94 de la Constitución y 61(3) de la LOGJCC exigen que el accionante agote oportunamente todos los "recursos ordinarios y

45. Ley de Arbitraje y Mediación, N. 31, Artículo 32(3). Adicionalmente, sobre la asimilación del laudo arbitral a una sentencia, Fernández Rozas ha señalado: "[a]simismo, a partir de una posición jurisdicionalista se entiende que el árbitro tiene la misión de juzgar y por esa razón su decisión, el laudo arbitral, queda asimilado a una sentencia [...] Según esta corriente el arbitraje es jurisdiccional, no por la función que desarrollan los árbitros, que no es jurisdiccional en sentido técnico-político, sino por la especial eficacia que el derecho otorga a los efectos del arbitraje, efectos que emergen del derecho contractual o privado y se tornan en procesales, al otorgarles la propia ley, la tutela jurídica que concede a las sentencias judiciales, no obstante diferenciarse de ellas". Véase: J. Fernández Rozas, "Elementos configuradores de la justicia arbitral", *Revista Internacional de Arbitraje*, Julio - Diciembre, 2009, p. 162, citado en R. Zuñiga Maravi. "Borrando con el codo constitucional lo escrito por la mano legislativa: La concepción del Tribunal Constitucional acerca del arbitraje y del control del laudo arbitral vía demanda de amparo", *Revista Arbitraje PUCP*, No. 1, 2011, p. 80.
46. J. Guerrero Del Pozo, No. 9, p. 35.

extraordinarios", antes de presentar la demanda, con el fin de permitir que sea la propia justicia ordinaria quien precautele los derechos de las partes procesales y corrija los yerros que otros operadores pudieron haber cometido[47].

A pesar de que las normas antedichas no hacen referencia expresa al agotamiento de las acciones autónomas como mecanismos impugnativos[48], la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha aclarado que existe la obligación de agotar *todos* los medios de impugnación disponibles en el ordenamiento jurídico que puedan solventar la presunta vulneración constitucional, lo que no solo incluye a los recursos, sino también a las acciones[49].

En tal sentido, esta residualidad absoluta de la acción extraordinaria de protección procura que la justicia constitucional actúe de manera extraordinaria, solo en los casos donde los demás remedios procesales del sistema han fallado en enmendar la violación de derechos[50].

Sin embargo, la misma normativa constitucional y legal prevé dos excepciones al requisito de agotar los medios de

47. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 1944-12-EP/19, Caso No. 1944-12-EP, 05/11/2019, párr. 34.
48. Podría considerarse que la Constitución al establecer el agotamiento de los "*recursos ordinarios y extraordinarios*" excluyó expresamente a las acciones autónomas de impugnación. Sin embargo, si de interpretación literal se trata, es preciso tomar en consideración que en diversos artículos de la *acción* extraordinaria de protección, el constituyente erróneamente la trata como un recurso como si ambas expresiones fuesen sinónimos. En el numeral 2 del artículo 437 de la Constitución, el constituyente denomina "recurrente" a quien presenta la acción extraordinaria de protección, en lugar de "accionante" y en el propio artículo 94 luego denominar a esta garantía como "acción" determina que "*el recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal*".
49. Al respecto, véase: Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 323-13-EP/19, Caso No. 323-13-EP, 19/11/2019, párr. 25. En esta línea, un tribunal de la Sala de Admisión de la Corte Constitucional ya ha inadmitido una demanda de acción extraordinaria de protección por la falta de agotamiento de la acción de nulidad de sentencia ejecutoriada, pese a no ser un recurso, por considerar que era un medio de impugnación disponible para solventar la violación de derechos alegada en la demanda por una supuesta falta de citación. Corte Constitucional del Ecuador, Auto de inadmisión, Caso No. 1204-18-EP, 27/03/2019, párrs. 7-8.
50. J. Guerrero Del Pozo, No. 9, p. 37:"[e]staremos frente a un caso de *residualidad absoluta* cuando, para poder activar una acción, se requiere que se agoten *todos los medios de impugnación* previstos en el ordenamiento jurídico; por otro lado, la relativa se presenta cuando únicamente es necesario el agotamiento previo de los recursos" (énfasis añadido).

impugnación: **(i)** que la falta de su interposición no se deba a la negligencia del titular del derecho constitucional vulnerado; o, **(ii)** que estos sean ineficaces e inadecuados. Debido a esta última excepción, solo se requiere el agotamiento de los recursos y acciones capaces de producir el resultado para el que fueron concebidos (eficaces) y cuya función sea idónea para proteger la situación jurídica infringida (adecuados o idóneos)[51].

Particularmente, para impugnar el laudo a través de la garantía jurisdiccional en cuestión, primero debe agotarse la acción de nulidad establecida en el artículo 31 de la LAM en los casos que resulte eficaz e idónea. Esto es, cuando se trate de una vulneración del debido proceso relacionada a las causales de nulidad del artículo 31 de la LAM[52]. Para las demás violaciones de derechos constitucionales, queda disponible la activación directa de la acción extraordinaria de protección[53].

Lo anterior no implica que el arbitraje está eximido del control constitucional por una falta de citación al demandado y demás causales de nulidad del artículo 31 de la LAM. Únicamente supone que, antes de activar la justicia constitucional para revisar el arbitraje, debe hacerse uso del medio de impugnación disponible en la justicia ordinaria para

51. Sobre las definiciones de idoneidad y eficacia de los medios de impugnación, véase: Corte IDH. *Caso Noguera y otra c. Paraguay.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2020. Serie C No. 401, párr. 79; Corte IDH. *Caso Azul Rojas Marín y otra c. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de marzo de 2020. Serie C No. 402, párr. 173; Corte IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) c. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400, párr. 294; Corte IDH. *Caso Gómez Virula y otros c. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2019. Serie C No. 393, párr. 64; Corte IDH. *Caso Colindres Schonenberg c. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de febrero de 2019, párr. 101 y 109; Corte IDH. *Caso Rodríguez Revolorio y otros c. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 127 y 135.
52. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 323-13-EP/19, Caso No. 323-13-EP, 19/11/2019, párr. 38; Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 31-14-EP/19, Caso No. 31-14-EP, 19/11/2019, párr. 54.
53. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 31-14-EP/19, Caso No. 31-14-EP, 19/11/2019, párr. 52

corregir las violaciones del debido proceso a las que se refieren las causales de nulidad del laudo.

En consecuencia, de no agotarse la acción de nulidad del laudo antes de presentar la extraordinaria de protección por una vulneración de derechos relacionada a las causales de nulidad del artículo 31 de la LAM, la demanda será inadmisible al no haberse cumplido el requisito señalado en el artículo 61(3) de la LOGJCC, en concordancia con el artículo 94 de la Constitución.

En este punto, es pertinente indicar que, hace poco, la Corte Constitucional se alejó del precedente fijado en la Sentencia No. 302-15-SEP-CC[54] y puntualizó que la falta de competencia del tribunal arbitral y los vicios en la motivación jurídica del laudo no forman parte de las causales de nulidad del artículo 31 de la LAM[55]. Por lo cual, en dichos casos, no cabe agotar la acción de nulidad del laudo, sino presentar directamente la acción extraordinaria de protección por transgresiones a las garantías del debido proceso establecidas en las letras k) y l), numeral 7 del artículo 76 de la Constitución[56].

---

54. La anterior conformación de la Corte Constitucional había establecido que la falta de competencia y de motivación constituyen causales de nulidad del laudo que, aunque no están expresamente contempladas en el artículo 31 de la LAM, deben ser analizadas de oficio durante cualquier acción de nulidad. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 302-15-SEP-CC, Caso No. 0880-13-EP, 16/09/2015.
55. Contrario a lo señalado por la Corte Constitucional, la opinión de algunos autores es que la causal del literal d) del artículo 31 de la LAM permite revisar la falta de competencia *ratione voluntatis* de los árbitros por cuestiones no sometidas a arbitraje, pero no la competencia en razón de la materia, ni en razón de las personas. Al respecto, véase: V. Centeno, A. Morales, R. I. Sánchez, "Falta de competencia del Tribunal Arbitral como causal de nulidad del laudo", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 9, 2017, p. 267.
56. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 31-14-EP/19, Caso No. 31-14-EP, 19/11/2019, párr. 56. En esta línea, posterior al cambio de precedente, un tribunal de la Sala de Admisión de la Corte Constitucional dio por cumplido el requisito establecido en el artículo 61(3) de la LOGJCC en un caso que no se agotó la acción de nulidad del laudo, sino que se presentó la demanda directamente contra el laudo debido a una supuesta transgresión de la garantía de la motivación. Sin embargo, la acción fue inadmitida por incurrir en dos causales de inadmisión del artículo 62 de la LOGJCC. Véase: Corte Constitucional del Ecuador, Auto de inadmisión, Caso No. 324-20-EP, 29/05/2020, párr. 6.

Tras haber determinado cuáles son los casos en que se debe agotar o no la acción de nulidad del laudo, corresponde señalar quienes están obligados a este agotamiento. Para el efecto, es necesario remitirnos al primer inciso del artículo 31 de la LAM, que establece: "[c]ualquiera de las *partes* podrá intentar la acción de nulidad de un laudo arbitral" (énfasis añadido).

Esta precisión de la norma legal, cierra la legitimación activa de la acción de nulidad del laudo a las partes procesales del arbitraje[57], a diferencia de lo que sucede en otras jurisdicciones, como en el contexto español, donde se admite que la anulación del laudo también pueda perseguirse por las partes del convenio arbitral que no participaron en el arbitraje, e inclusive por terceros que manifiesten su interés legítimo[58].

Visto que el legislador ecuatoriano no diseñó la acción de nulidad del laudo como un medio de impugnación disponible para aquellos sujetos que –debiendo serlo– no fueron parte del arbitraje, estos no están obligados a agotarla antes de reclamar la violación de sus derechos constitucionales a través de una acción extraordinaria de protección contra el laudo[59]. *Contrario*

57. M. Jara Vásquez, *Tutela arbitral efectiva en Ecuador,* 1ra. Ed., Serie Derecho y Sociedad, Vol. 2, Universidad Andina Simón Bolívar y Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017, p. 223.
58. Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Resolución No. 21/2018, recurso No. 58/2017, 24/04/2018, p. 4: "[e]sta dicción [del artículo 41.1 de la Ley de Arbitraje española] parece hacer ver que comprende a quienes fueron parte en el proceso arbitral, y a aquellos que no siendo parte en el procedimiento arbitral, sin embargo puedan justificar un interés directo en el ejercicio de la acción anulatoria, porque debieron ser parte, o que, pudiendo haber sido, se les haya denegado indebidamente su intervención [...]". En otro caso, la misma Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid negó la excepción de falta de legitimación activa planteada contra los accionantes de un juicio de anulación del laudo por considerar que estos, pese a que no intervinieron en el arbitraje, podían resultar afectados por la parte dispositiva del laudo. Al respecto, véase: Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Resolución No. 26/2018, Recurso No. 63/2017, 24/05/2018, p. 9.
59. Los sujetos que no hayan participado en el arbitraje, pero que hayan debido ser parte en el proceso, se encuentran legitimados para presentar directamente una demanda de acción extraordinaria de protección contra el laudo, de conformidad con el artículo 59 de la LOGJCC. De manera semejante, el Tribunal Constitucional de Perú admite la procedencia directa del amparo arbitral "[...] Cuando el amparo sea interpuesto por un tercero que no forma parte del convenio arbitral se sustente en la afectación directa y manifiesta de sus derechos constitucionales a consecuencia del laudo pronunciado en dicho arbitraje [...]". Es decir, en este supuesto, el Tribunal no exige que se agote el recurso de anulación del laudo para activar el amparo constitucional. Véase: Tri-

sensu, quien haya sido parte procesal del arbitraje, está obligado a hacerlo en los casos que la acción resulte adecuada y eficaz, según lo explicado con anterioridad.

Entonces, para dar cumplimiento al requisito de admisibilidad establecido en el artículo 61(3) de la LOGJCC, se deberá agotar la acción de nulidad de laudo antes de activar la justicia constitucional cuando **(i)** el accionante haya sido parte procesal del arbitraje y **(ii)** la violación de sus derechos constitucionales esté relacionada a una de las causales del artículo 31 de la LAM.

Finalmente, cabe advertir que la actual Corte Constitucional todavía no ha determinado qué sucedería en los casos donde se impugne un laudo dictado en un arbitraje multipartes, dentro del cual un litisconsorte active la acción extraordinaria de protección de forma directa contra el laudo, por ser la vía adecuada y eficaz para la violación de derechos que alega; mientras que otro, simultáneamente, presente la acción de nulidad del laudo por una de las causales del artículo 31 de la LAM.

En esos casos, los tribunales de la Sala de Admisión de la Corte Constitucional deberán resolver si es admisible la acción extraordinaria de protección cuando sigue pendiente la decisión de un remedio procesal que puede afectar la validez del laudo y que, como tal, tendría la potencialidad de hacer desaparecer del mundo jurídico al objeto de impugnación de la garantía jurisdiccional. Es decir, queda por decidirse si el agotamiento de la acción de nulidad del laudo por parte de

bunal Constitucional de Perú, Resolución No. 00142-2011-PA/TC, Recurso de amparo constitucional, 21/09/2011, párr. 21. Por ejemplo, en un recurso de amparo constitucional, el Tribunal Constitucional de Perú aceptó la legitimación activa de un sujeto que no agotó el recurso de anulación del laudo por no haber formado parte del arbitraje, pues observó que el laudo surtía efectos sobre su propiedad sin que se lo haya sido citado dentro del arbitraje para ejercer su derecho a la defensa. Véase: Tribunal Constitucional de Perú, Resolución No. 03841-2012-AA/TC, Recurso de amparo constitucional, 15/01/2014, párr. 8.

un litisconsorte puede afectar la admisibilidad de una acción extraordinaria de protección propuesta por otro.

4. El conteo del término para la presentación de la acción por parte de quienes actuaron en el arbitraje

De conformidad con los artículos 60 y 61(2) de la LOGJCC, en concordancia con el artículo 46 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, el término máximo para la presentación de la acción extraordinaria de protección es de veinte días contados desde la ejecutoria de la decisión a la que se imputa la violación del derecho constitucional, para quienes fueron parte[60].

Considerando que el término para la presentación de la acción se cuenta desde la ejecutoria de la decisión impugnada, es preciso tener claro cuándo se ejecutoría el laudo arbitral. En el evento de que no se presenten en su contra los recursos horizontales de aclaración y ampliación, el laudo se ejecutoría tres días después de su notificación[61].

Si se presentaron los recursos horizontales de aclaración y ampliación contra el laudo, este último queda inmediatamente ejecutoriado luego de haber sido notificada la providencia mediante la cual se resuelven las solicitudes de ampliación y aclaración. Así lo determinó la Corte Constitucional en la Sentencia No. 155-12-SEP-CC[62].

---

60. La Corte Constitucional ha aclarado que el término del artículo 60 de la LOGJC de ninguna manera puede ser considerado como plazo. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 001-11-SCN-CC, Caso No. 0031-10-CN y acumulados, 11/01/2011, p. 11.
61. Ley de Arbitraje y Mediación, N. 31, Artículo 30(1).
62. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 155-12-SEP-CC, Caso No. 1037-10-EP, 17/04/2012, p. 10. A pesar de que la Corte Constitucional aclaró cuándo se ejecutoría el laudo arbitral, se observa que la Presidencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas ha determinado que esta decisión se ejecutoría tres días después de notificado el auto que resuelve los recursos horizontales interpuestos contra el laudo. En virtud de dicha consideración, la Presidencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, en dos casos, ha declarado la nulidad de todo lo actuado en el arbitraje, a partir de la razón de ejecutoria del laudo en la que constaba que este se había ejecutoriado inmediatamente después de la notificación del auto que resolvió los recusos horizontales contra el laudo. Al respecto, véase: Presidencia de la Corte Provincial de Justicia del

Tras haber aclarado cuándo se ejecutoría el laudo arbitral, es necesario acotar que la interposición de medios de impugnación inadecuados en su contra no interrumpe el término para que se ejecutorie. En ese sentido, los tribunales de la Sala de Admisión de la Corte Constitucional han sido consistentes en señalar que, si los medios de impugnación agotados son inoficiosos e ineficaces, no se interrumpe la ejecutoria de la providencia atacada. Con base en este análisis, la Sala de Admisión de la Corte ha inadmitido una serie de acciones extraordinarias de protección por extemporáneas porque ha contado el término del artículo 60 de la LOGJCC desde la ejecutoria de la decisión judicial impugnada y no desde que se resolvió el último incidente del proceso[63].

Esto significa que los días hábiles para presentar la acción extraordinaria de protección en contra del laudo correrán desde que se ejecutoríe y no, a partir de la providencia que resuelva los recursos o acciones inoficiosas e ineficaces que se hubiesen activado respecto de este.

Por ejemplo, los recursos de revocatoria y reforma califican como inadecuados porque están diseñados para impugnar

Guayas, Sentencia de acción de nulidad del laudo, *ETINAR S.A. c. China Gezhouba Company Limited-CGGC*, Caso No. 09100-2017-00028, 13/11/2017; y, Presidencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, Sentencia de acción de nulidad del laudo, *Frutsesa Frutas Selectas S.A. c. Emerita Raquel Romero Sánchez*, Caso No. 09100-2017-00025, 13/11/2017.

63. Véase: Corte Constitucional del Ecuador, Auto de inadmisión, Caso No. 1245-18-EP, 03/04/2019, párr. 13; Corte Constitucional del Ecuador, Auto de inadmisión, Caso No. 1658-18-EP, 10/04/2019, párrs. 12-14; Corte Constitucional del Ecuador, Auto de inadmisión, Caso No. 1958-18-EP, 15/05/2019, párr. 9; Corte Constitucional del Ecuador, Auto de inadmisión, Caso No. 41-19-EP, 06/06/2019, párr. 6; Corte Constitucional del Ecuador, Auto de inadmisión, Caso No. 552-19-EP, 14/08/2019, párr. 12; Corte Constitucional del Ecuador, Auto de inadmisión, Caso No. 1650-18-EP, 03/04/2019, párrs. 8-9; Corte Constitucional del Ecuador, Auto de inadmisión, Caso No. 23-18-EP, 20/03/2019, párrs. 12-13; Corte Constitucional del Ecuador, Auto de inadmisión, Caso No. 1393-18-EP, 10/04/2019, párrs. 15-17; Corte Constitucional del Ecuador, Auto de inadmisión, Caso No. 1974-18-EP, 17/04/2019, párrs. 9-12; Corte Constitucional del Ecuador, Auto de inadmisión, Caso No. 2042-18-EP, 10/04/2019, párrs. 8-9; Corte Constitucional del Ecuador, Auto de inadmisión, Caso No. 2152-18-EP, 03/04/2019, párrs. 8-9; Corte Constitucional del Ecuador, Auto de inadmisión, Caso No. 2173-18-EP, 10/04/2019, párrs. 9-10; Corte Constitucional del Ecuador, Auto de inadmisión, Caso No. 2241-18-EP,10/04/2019, párrs. 10-11; Corte Constitucional del Ecuador, Auto de inadmisión, Caso No. 1516-18-EP, 17/04/2019, párrs. 16-17; Corte Constitucional del Ecuador, Auto de inadmisión, Caso No. 1532-18-EP, 17/04/2019, párrs. 11-13.

únicamente autos de sustanciación y no, laudos. A diferencia de los recursos de aclaración y ampliación, estos carecen de la aptitud jurídica para interrumpir la ejecutoria. Por lo tanto, si se interponen, el laudo debe entenderse ejecutoriado después del tercer día de notificación y desde ahí, se cuenta el término para la presentación de la acción extraordinaria de protección, no desde que los árbitros se pronuncian sobre los recursos de revocatoria o reforma.

Estos recursos tampoco son adecuados para impugnar el auto en que se atienden los pedidos de aclaración y ampliación del laudo porque este último no es un auto de sustanciación respecto de cuestiones de mero trámite, sino que decide sobre recursos horizontales. En consecuencia, el término para presentar la acción extraordinaria de protección se cuenta desde que el laudo quedó inmediatamente ejecutoriado con la notificación de tal auto y no desde que se despachan los recursos de revocatoria y reforma interpuestos en su contra.

Asimismo, la acción de nulidad del laudo que se agota por violaciones de derechos no relacionadas a una de las causales del artículo 31 de la LAM constituye un medio de impugnación inadecuado porque los presidentes de las cortes provinciales no están habilitados para declarar la nulidad del laudo por motivos distintos a los señalados en dicho artículo[64]. Por lo que, si esta acción se ha agotado indebidamente, el término para proponer la garantía jurisdiccional se contará desde la ejecutoria del laudo y no desde la sentencia que resolvió la acción de nulidad.

En consecuencia, se advierte que es de suma importancia que las partes solo agoten los medios de impugnación adecuados y eficaces, a riesgo de perder la oportunidad

64. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 323-13-EP/19, Caso No. 323-13-EP, 19/11/2019, párr. 27 y 29; Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 31-14-EP/19, Caso No. 31-14-EP, 19/11/2019, párr. 43 y 44.

procesal de impugnar el laudo mediante acción extraordinaria de protección.

Finalmente, cabe recalcar que existen otras dos cuestiones que se relacionan al término de la acción y que podrían conllevar su inadmisión, aunque no ha existido un criterio uniforme sobre el tema. Estas situaciones son: **(i)** cuando la acción se presenta anticipadamente antes de que se ejecutoríe el laudo[65]; o, **(ii)** cuando se manda a aclarar o completar la demanda y la disposición no se cumple en el término de cinco días, conforme al artículo 22 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional[66].

5. El requisito de relevancia constitucional en relación al arbitraje

El accionante de una extraordinaria de protección está obligado a justificar argumentadamente la *relevancia constitucional* del problema jurídico y de la pretensión, conforme al requisito de admisibilidad establecido en el artículo 62(2) de la LOGJCC.

Para determinar qué es lo constitucionalmente relevante, es necesario recurrir al numeral 8 del mencionado artículo. Este establece que la admisión de la demanda debe permitir: **(i)** solventar una violación grave de derechos, **(ii)** establecer

65. No existe un criterio uniforme sobre la razón por la que esta es inadmisible. Existen autos que lo han inadmitido como un tema de oportunidad, otros por la falta de ejecutoría de la decisión y otros no se pronuncian sobre el tema si es inadmisible por otra causal en vista de que la ejecutoría ocurrió después de presentada la acción. Respecto a la inadmisión por extemporánea, véase: Corte Constitucional del Ecuador, Auto de inadmisión, Caso No. 1845-19-EP, 05/08/2019, párrs. 9-11. Sobre la falta de ejecutoría de la decisión conforme al 61(2) de la LOGJCC, véase: Corte Constitucional del Ecuador, Auto de inadmisión, Caso No. 767-19-EP, 14/08/2019, párr. 6; y, Corte Constitucional del Ecuador, Auto de inadmisión, Caso No. 2559-19-EP, 04/02/2020, párr. 6. Sobre la inadmisión por otras causales, véase: Corte Constitucional del Ecuador, Auto de inadmisión, Caso No. 645-20-EP, 28/07/2020.
66. Sobre la inadmisión de acciones extraordinarias de protección por no haberse aclarado y/o completado la demanda dentro del término, véase: Corte Constitucional del Ecuador, Auto de inadmisión, Caso No. 1267-18-EP, 03/04/2019, párr. 5; y, Corte Constitucional del Ecuador, Auto de inadmisión, Caso No. 1412-18-EP, 10/04/2019, párr. 5.

precedentes judiciales, **(iii)** corregir la inobservancia de precedentes establecidos por la Corte Constitucional o **(iv)** sentenciar sobre asuntos de relevancia y trascendencia nacional[67].

En conjunto, los numerales 2 y 8 del artículo 62 de la LOGJCC buscan que la Corte Constitucional únicamente atienda aquellos casos que verdaderamente ameritan una intervención excepcional de la justicia constitucional. De otra manera, se merma la eficacia de los procesos constitucionales. En este sentido, González de Cossío opina:

> [...] Cuando una misma herramienta se utiliza para todo tipo de fines, el resultado es que se mal emplea. Se diluye. Ello ha acontecido con los procesos constitucionales. Al hacerlos aplicables a áreas distintas a su núcleo duro, el resultado es que se merma la energía disponible. Se expenden recursos en espacios que no los necesitaban tanto – inclusive que no los justifican. Y siendo que los recursos son finitos, el resultado natural es que se distraen de donde se deberían enfocar. De las áreas en las que se deberían concentrar[68].

Ante la necesidad de que la Corte Constitucional enfoque su control solo a casos constitucionalmente relevantes, los tribunales de la Sala de Admisión refozaron, en el último año, el análisis de los criterios establecidos en los numerales 2 y

67. Por lo general, los tribunales de la Sala de Admisión de la Corte Constitucional analizan en conjunto los numerales 2 y 8 del artículo 62 de la LOGJCC para determinar la relevancia constitucional de un caso. Por ejemplo, véase en autos recientes: Corte Constitucional del Ecuador, Auto de admisión, Caso No. 121-20-EP, 04/06/2020, párrs. 21-22; Corte Constitucional del Ecuador, Auto de admisión, Caso No. 160-20-EP, 04/06/2020, párrs. 14-15; Corte Constitucional del Ecuador, Auto de admisión, Caso No. 323-20-EP, 04/06/2020, párr. 19.
68. F. González de Cossío, N. 1, p. 238-239. En la misma línea, Muriel Bedoya ha expresado su preocupación por la dilución de los procesos constitucionales: "[e]s posible que en un arbitraje puedan haber violaciones de carácter constitucional, pero deben haber procedimientos más eficientes, con reglas claras y condiciones suficientes que permitan que no se pierdan los beneficios del arbitraje. De lo contrario, la Corte Constitucional, en lugar de tratar casos que en verdad ameritan un control constitucional, terminará inundada de acciones extraordinarias de protección que no buscan sino impugnar decisiones meramente comerciales disfrazadas de constitucionales [...]". C. Muriel Bedoya, "Control constitucional en el sistema arbitral ecuatoriano: ¿Garantismo o Intervencionismo?", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 7, 2015, p. 227.

8 del artículo 62 de la LOGJCC, antes de admitir una acción extraordinaria de protección[69].

Así, el 77% de las acciones fueron admitidas para solventar una grave violación de derechos; 14% para establecer precedentes; 8% para corregir la inobservancia de precedentes establecidos por la Corte; y, solo el 1% por tratarse de un asunto de relevancia nacional[70].

Específicamente, en relación al arbitraje, se han logrado identificar 58 acciones extraordinarias de protección presentadas desde 2017 hasta junio de 2020, incluyendo impugnaciones a laudos y otras decisiones arbitrales, sentencias y autos dictados en acciones de nulidad del laudo y providencias emitidas en la ejecución del laudo. De estas, 17 han sido admitidas[71]. A partir de su análisis, se determinará qué puede ser considerado constitucionalmente relevante acerca del arbitraje, en la fase de admisión de la acción extraordinaria de protección.

De la revisión de los casos admitidos sobre asuntos de arbitraje, se advierte que la Sala de Admisión de la Corte Constitucional ha verificado el cumplimiento de los numerales 2 y 8 del artículo 62 de la LOGJCC cuando la demanda permite lo siguiente:

(i) Controlar los excesos del control judicial del arbitraje. Referente a esto, 5 acciones fueron admitidas para

69. Exposición de la jueza constitucional Karla Andrade Quevedo sobre "La Admisión en el Primer Año de la Corte Constitucional" en el primer día del evento "Jornadas de Justicia Constitucional 2020: Avances y desafíos de la Corte Constitucional del Ecuador" realizado en Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 10/02/2020: "[l]a admisión se hace bajo parámetros estrictos para garantizar su naturaleza de extraordinaria y que la Corte no la desnaturalice pronunciándose sobre temas de legalidad que no le corresponden [...] Los criterios estrictos de admisión nos permiten centrarnos en casos relevantes, verdaderamente constitucionales, para marcar precedentes, corregir arbitrariedades y defender la Constitución [...]".
70. Estos datos constan en las página 73 del Boletín Jurisprudencial de la Corte Constitucional, Edición Anual 2020, elaborado por la Secretaría Técnica Jurisdiccional de la Corte Constitucional y editado por el Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional de la Corte Constitucional del Ecuador.
71. Ver anexo 1.

corregir la inobservancia de precedentes por parte de los presidentes de las cortes provinciales al momento de resolver las acciones de nulidad de laudos arbitrales; y, solventar la posible violación de los derechos constitucionales a la seguridad jurídica derivada de dicha inobservancia, y al debido proceso por vicios en la motivación jurídica de las sentencias dictadas dentro de las acciones de nulidad de laudos[72].

(ii) Precisar el alcance de precedentes relacionados al control judicial del laudo, particularmente los sentados en las Sentencias No. 302-15-SEP-CC y No. 81-13-SEP-CC[73]. Es necesario acotar que posterior a la admisión de dos acciones sobre este asunto, el Pleno de la actual Corte Constitucional decidió: **(i)** alejarse del precedente No. 302-15-SEP-CC mediante las Sentencias No. 323-13-EP/19 y No. 31-14-EP/19; y, **(ii)** ratificar el criterio del precedente No. 81-13-SEP-CC en la Sentencia No. 1703-11-EP/19[74], respecto de la improcedencia del recurso de casación en la acción de nulidad del laudo.

(iii) Establecer un precedente sobre la motivación de los laudos arbitrales en equidad, en el marco de un caso en el que un presidente de corte provincial declaró la nulidad de un laudo de este tipo por un supuesto vicio *ultra-petita* en la motivación[75].

(iv) Solventar potenciales violaciones de derechos relacionadas a la falta de citación en el arbitraje, a la incompetencia de los árbitros para interpretar normas comunitarias y a vicios de motivación jurídica en el laudo[76]. Asimismo, se han admitido casos relativos a posibles vulneraciones cometidas por los árbitros al momento de declararse

72. Ver anexo 2.
73. *Ibídem.*
74. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 1703-11-EP/19, Caso No. 1703-11-EP, 18/12/2019, párr. 33.
75. Ibídem.
76. Ver anexo 3.

incompetentes en la audiencia de sustanciación, y cuando han negado la remisión del expediente arbitral al correspondiente presidente de la corte provincial bajo el argumento de que no se pagó una caución[77].

(v) Enmedar violaciones de derechos ocurridas en la ejecución de laudos arbitrales. Al respecto, se han admitido dos casos: **(i)** uno, por la presunta violación del derecho a la defensa en la ejecución de un laudo local porque no se habría notificado con el informe pericial; y, **(ii)** otro, por la potencial vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la seguridad jurídica, ya que se habrían exigido formalidades adicionales a las establecidas en el ordenamiento jurídico para ejecutar un laudo extranjero[78].

En razón de lo anterior, se puede concluir que la tendencia predominante de la Sala de Admisión de la Corte Constitucional ha sido dar por cumplido el requisito de relevancia constitucional mayoritariamente en las demandas contra actuaciones u omisiones provenientes de la justicia ordinaria en su control judicial del arbitraje o en la ejecución de laudos arbitrales (11 acciones, anexos 2 y 5). En menor cantidad, se han admitido acciones que posibilitan la vigilancia de las actuaciones de los árbitros por violaciones de derechos (6 acciones, anexos 3 y 4).

6. Conclusiones

El primer componente que ayuda a abrir la puerta de entrada al control constitucional del arbitraje se refiere al objeto de la acción extraordinaria de protección. Sobre este

77. Ver anexo 4.
78. Ver anexo 5. Nótese que en otros casos, la línea de los tribunales de la Sala de Admisión de la Corte Constitucional ha sido inadmitir las acciones extraordinarias de protección presentadas contra providencias dictadas en la ejecución de laudos arbitrales, por considerar que no son objeto de la garantía jurisdiccional conforme al artículo 58 de la LOGJCC. Véase: Corte Constitucional del Ecuador, Auto de inadmisión, Caso No. 293-17-EP, 27/03/2019, párrs. 13-18; y, Corte Constitucional del Ecuador, Auto de inadmisión, Caso No. 243-20-EP, 04/06/2020, párrs. 12-16.

requisito, se ha determinado que el laudo que genera cosa juzgada es susceptible de ser impugnado mediante esta garantía jurisdiccional, incluso en los casos en que la violación de derechos haya sucedido en la audiencia de sustanciación por la declaratoria positiva de competencia de los árbitros.

Esto último se debe a que la decisión de los árbitros de declararse competentes según el artículo 22 de la LAM, no pone fin al proceso y como tal, no es objeto de la acción constitucional en cuestión, a menos que en algún caso la Sala de Admisión verifique un posible gravamen irreparable que permita dar por cumplido el requisito del artículo 58 de la LOGJCC. Asimismo, queda pendiente que la actual Corte Constitucional establezca si la decisión de los árbitros de declararse incompetentes en audiencia de sustanciación, así como el laudo que contiene una declaratoria negativa de competencia, es o no objeto de acción extraordinaria de protección.

Además, se ha evidenciado que, en la fase de admisión, la falta de agotamiento de la acción de nulidad del laudo no recibe el mismo trato que el agotamiento indebido. Lo primero constituye un incumplimiento del requisito señalado en el artículo 61(3) de la LOGJCC; y, lo segundo tiene una incidencia desfavorable en la calificación de la oportunidad de la demanda de acción extraordinaria de protección.

En este sentido, se ha aclarado que si un accionante decide deliberadamente no agotar la acción de nulidad del laudo y presenta directamente la acción extraordinaria de protección cuando la violación de derechos está relacionada a las causales del artículo 31 de la LAM, la demanda de la garantía jurisdiccional es susceptible de ser inadmitida por no haberse cumplido el artículo 61(3) de la LOGJCC.

Por otro lado, si un accionante decide agotar la acción de nulidad cuando la violación de derechos no está relacionada a

las causales del artículo 31 de la LAM, y luego de ello presenta la acción extraordinaria de protección contra el laudo, la demanda de la garantía jurisdiccional es susceptible de ser inadmitida por extemporánea al haberse agotado un medio de impugnación ineficaz e inoficioso.

Es decir, se obliga al accionante a decidir la vía adecuada para solucionar su violación de derechos, a riesgo de perder la oportunidad procesal de impugnar el laudo.

Adicionalmente, se ha especificado que solo están obligados a agotar la acción de nulidad del laudo quienes formaron parte del arbitraje, pues los sujetos que no participaron en el proceso –pese a que hayan debido ser parte– pueden presentar directamente la acción extraordinaria de protección. También, se identificaron diversos medios de impugnación que, de agotarse, no interrumpen la ejecutoria del laudo, ni el cómputo del término para presentar la acción constitucional.

Finalmente, sobre los numerales 2 y 8 del artículo 62 de la LOGJCC, se ha precisado lo que la Sala de Admisión de la Corte Constitucional ha considerado como constitucionalmente relevante acerca del arbitraje. En especial, se ha enfatizado que la tendencia predominante de dicho organismo ha sido admitir los casos que permiten controlar a los jueces encargados del control judicial del arbitraje y de la ejecución del laudo, más que aquellas demandas relativas al arbitraje mismo.

Estas puntualizaciones sobre los requisitos de objeto, agotamiento previo de medios de impugnación, oportunidad y relevancia constitucional, permiten advertir que los usuarios del arbitraje no se enfrentan a una tarea sencilla cuando intentan abrir la puerta de entrada al control constitucional del arbitraje. Sin embargo, consideramos que esta dificultad es necesaria para preservar el carácter excepcional de la

acción extraordinaria de protección y para proteger al sistema arbitral de intervenciones innecesarias por parte de la justicia constitucional, pues su eficacia depende de ello.

Anexo 1:

Listado de acciones extraordinarias de protección presentadas desde 2017 hasta junio de 2020

No.	Número de causa	Decisión de la Sala de Admisión
1	0293-17-EP	Inadmisión
2	0476-17-EP	Admisión
3	0565-17-EP	Inadmisión
4	0638-17-EP	Admisión
5	0697-17-EP	Inadmisión
6	1101-17-EP	Inadmisión
7	1639-17-EP	Admisión
8	1995-17-EP	Inadmisión
9	2069-17-EP	Inadmisión
10	2099-17-EP	Inadmisión
11	2573-17-EP	Admisión
12	2727-17-EP	Admisión[79]
13	2813-17-EP	Admisión
14	2998-17-EP	Inadmisión
15	3295-17-EP	Inadmisión
16	3441-17-EP	Admisión
17	0442-18-EP	Inadmisión
18	0541-18-EP	Admisión
19	0576-18-EP	Inadmisión
20	0866-18-EP	Inadmisión
21	1215-18-EP	Inadmisión
22	1271-18-EP	Admisión
23	1289-18-EP	Inadmisión
24	1392-18-EP	Inadmisión
25	1528-18-EP	Inadmisión

79. En el sistema de gestión de causas de la Corte Constitucional, no consta cargado el auto de admisión del Caso No. 2727-17-EP. Sin embargo, se ha verificado que este fue sorteado para su sustanciación el 12 de noviembre de 2019, lo que presupone que fue previamente admitido.

26	1859-18-EP	Inadmisión
27	1860-18-EP	Inadmisión
28	2048-18-EP	Inadmisión
29	2079-18-EP	Inadmisión
30	2081-18-EP	Inadmisión
31	2113-18-EP	Inadmisión
32	2237-18-EP	Inadmisión
33	2479-18-EP	Inadmisión
34	2520-18-EP	Admisión
35	2538-18-EP	Inadmisión
36	2661-18-EP	Inadmisión
37	2663-18-EP	Inadmisión
38	2729-18-EP	Inadmisión
39	2822-18-EP	Admisión
40	2831-18-EP	Inadmisión
41	2908-18-EP	Admisión
42	0128-19-EP	Inadmisión
43	0327-19-EP	Admisión
44	0330-19-EP	Inadmisión
45	0710-19-EP	Inadmisión
46	0717-19-EP	Inadmisión
47	0772-19-EP	Inadmisión
48	1057-19-EP	Admisión
49	1394-19-EP	Admisión
50	1644-19-EP	Admisión
51	1698-19-EP	Inadmisión
52	2080-19-EP	Inadmisión
53	2957-19-EP	Inadmisión
54	3065-19-EP	Inadmisión
55	243-20-EP	Inadmisión
56	324-20-EP	Inadmisión
57	718-20-EP	A fecha 3 de agosto de 2020: pendiente de resolverse
58	3232-19-EP	Admisión

Anexo 2:

Listado de acciones extraordinarias de protección presentadas desde 2017 hasta junio de 2020

Número de causa	Objeto de impugnación	Fecha de auto	Relevancia constitucional para admitir el caso	Miembros de la Sala de Admisión
2813-17-EP	Acción de nulidad (sentencia que rechaza)	8-feb.-2018	Criterio: *violación grave de derechos.* Falta de motivación jurídica en la sentencia del Presidente de la Corte Provincial.	Tatiana Ordeñana, Marien Segura y Alfredo Ruiz (ex jueces)
3441-17-EP	Acción de nulidad (sentencia que rechaza)	19-jun.-2018	Criterio: *violación grave de derechos.* Falta de motivación jurídica en la sentencia del Presidente de la Corte Provincial.	Tatiana Ordeñana, Wendy Molina y Roxana Silva (ex jueces)
2520-18-EP	Acción de nulidad (sentencia que acepta)	30-may.-2019	Criterio: *establecimiento de precedente.* El caso permitiría precisar el alcance del precedente establecido por la Corte Constitucional en la sentencia No. 302-15-SEP-CC. En este caso, el accionante alegó que se desnaturalizó la acción de nulidad del laudo porque se revisó la decisión de competencia de los árbitros y cuestiones relativas a la arbitrabilidad objetiva de la competencia, pese a que esto no fue la causal de nulidad señalada en la demanda.	Enrique Herrería, Karla Andrade y Teresa Nuques
2822-18-EP	Acción de nulidad (sentencia que acepta)	30-may.-2019	Criterio: *violación grave de derechos e inobservancia de precedente.* Supuestamente el Presidente de Corte Provincial analizó el fondo de la decisión de los árbitros. Al respecto, el tribunal de la Sala de Admisión determinó que "*se podría solventar una posible y grave violación de derechos por haberse declarado la nulidad de un lado arbitral que -según las alegaciones del accionante- viola una sólida línea jurisprudencial de la Corte Constitucional respecto del procesamiento de las acciones de nulidad protestando sobre una posible judicialización del arbitraje*".	Teresa Nuques, Karla Andrade y Enrique Herrería

2908-18-EP	Acción de nulidad (sentencia que rechaza)	18-jul.-2019	Criterio: *violación grave de derechos e inobservancia de precedente.* La admisión del caso permitiría solventar una posible violación de derechos al debido proceso y a la seguridad jurídica. Según el accionante, el juez rechazó la acción de nulidad por considerar que la falta de competencia de los árbitros no era causal de nulidad del artículo 31 de la LAM, pese que estaba vigente el precedente No. 305-12-SEP-CC.	Hernán Salgado, Daniela Salazar y Carmen Corral
0327-19-EP	Acción de nulidad	14-ago.-19	Criterio: *inobservancia de precedente.* Según el accionante, basó la acción de nulidad del laudo en la falta de motivación del laudo, pero el Presidente de la Corte Provincial no acogió la alegación por considerar que las causales del artículo 31 de la LAM eran taxativas. Al momento, estaba vigente el precedente No. 305-12-SEP-CC.	Teresa Nuques, Ramiro Ávila y Agustín Grijalva
1057-19-EP	Acción de nulidad (sentencia)	7-ago.-19	Criterio: *establecimiento de precedente.* En el caso, el Presidente de la Corte Provincial declaró la nulidad de un laudo en equidad por un vicio *ultra-petita* en la motivación. Por lo cual, el tribunal de la Sala de Admisión consideró que el caso permitiría establecer un precedente sobre la motivación de laudos arbitrales en equidad.	Karla Andrade, Enrique Herrería y Teresa Nuques
1394-19-EP	Acción de nulidad (auto de inadmisión de casación)	26-sep.-19	Criterio: *establecimiento de precedente.* El caso permitiría determinar si la acción extraordinaria de protección procede contra los autos de inadmisión de casación de los recursos que fueron interpuestos dentro de las acciones de nulidad del laudo arbitral de forma previa a la sentencia No. 081-13-SEP-CC. Esto es, antes de que se aclare que no cabía dicho recurso en la acción de nulidad del laudo.	Enrique Herrería, Karla Andrade y Teresa Nuques

*En la demanda del caso No. 2727-17-EP, se impugnan diversas decisiones judiciales dictadas dentro de la acción de nulidad del laudo. Sin embargo, este caso no ha sido incluido en el cuadro porque el auto de admisión no está cargado en el sistema de gestión de causas de la Corte Constitucional.

Anexo 3:

Acciones extraordinarias de protección admitidas en relación a violaciones de derechos ocurridas durante el arbitraje o en el laudo

Número de causa	Objeto de impugnación	Fecha de auto	Criterio de relevancia constitucional para admitir el caso	Miembros de la Sala de Admisión
2573-17-EP	Acción de nulidad (sentencia) y Arbitraje - laudo	16-nov.-2017	Criterio: *violación grave de derechos*. Violación del derecho a la defensa en la tramitación del arbitraje y acceso a la justicia por falta de citación. Nótese que, en el caso, se agotó la acción de nulidad del laudo para intentar solventar la violación.	Pamela Martínez, Francisco Butiñá y Alfredo Ruiz (ex jueces)
1644-19-EP	Acción de nulidad (sentencia) y Arbitraje - laudo	3-oct.-19	Criterio: *violación grave de derechos*. Principalmente, la demanda se basó en la supuesta violación del derecho al debido proceso en las garantías del juez competente y a la observancia del trámite propio por la falta de competencia de los árbitros para interpretar normas comunitarias. Según el accionante, los árbitros no agotaron la prejudicialidad de consultar al Tribunal de Justicia Andina. Nótese que, en el caso, se agotó la acción de nulidad del laudo para intentar solventar la violación.	Teresa Nuques, Karla Andrade y Enrique Herrería
0476-17-EP	Arbitraje - laudo	6-jun.-2017	Criterio: *violación grave de derechos*. El accionante alegó la falta de motivación del laudo.	Ruth Seni, Pamela Martínez y Manuel Viteri (ex jueces)
0541-18-EP	Arbitraje - laudo	12-jul.-2018	Criterio: *violación grave de derechos*. El accionante alegó la falta de motivación del laudo.	Tatiana Ordeñana, Wendy Molina y Roxana Silva (ex jueces)

Anexo 4:

Acciones extraordinarias admitidas respecto a decisiones arbitrales distintas al laudo

Número de causa	Objeto de impugnación	Fecha de auto	Criterio de relevancia constitucional para admitir el caso	Miembros de la Sala de Admisión
0638-17-EP	Decisión de incompetencia del árbito único	6-jun.-2017	Criterio: *violación grave de derechos.* Supuesto vicio en la motivación jurídica de la declaratoria de incompetencia. Según el accionante, no era congruente que el tribunal arbitral se haya declarado incompetente y que, al mismo tiempo, se haya pronunciado sobre el fondo del asunto, al decir que el asunto controvertido se refería a una relación laboral y no de servicios profesionales.	Pamela Martínez, Ruth Seni y Manuel Viteri (ex jueces)
1271-18-EP	Auto del tribunal arbitral en el que negó la acción de nulidad porque no se rindió caución	20-jun.-19	Criterio: *corregir la inobservancia de jurisprudencia y establecer precedentes respecto al debido proceso dentro de las acciones de nulidad del laudo arbitral.* El tribunal arbitral no remitió el expediente al Presidente de la Corte Provincial (acción de nulidad) porque no se pagó la caución para suspender la ejecución del laudo	Hernán Salgado, Carmen Corral y Ramiro Ávila

Anexo 5:

Acciones extraordinarias admitidas en relación a la ejecución del laudo

Número de causa	**Objeto de impugnación**	**Fecha de auto**	**Criterio de relevancia constitucional para admitir el caso**	**Miembros de la Sala de Admisión**
1639-17-EP	Ejecución de laudo arbitral	12-sep.-2017	Criterio: *violación grave de derechos.* Supuesta violación del derecho a la defensa porque no se notificó con informe pericial en la ejecución del laudo.	Wendy Molina, Tatiana Ordeñana y Ruth Seni (ex jueces)
3232-19-EP	Ejecución de laudo arbitral (extranjero)	4-jun.-2020	Criterio: "*[...] del examen de este caso se podría analizar si existe o no una vulneración grave del derecho a la tutela judicial efectiva en cuanto al acceso a la justicia, por la exigencia de formalidades adicionales a las establecidas en ordenamiento jurídico, situación que también habría vulnerado el derecho a la seguridad jurídica*".	Karla Andrade, Ramiro Ávila y Alí Lozada

Quito
Av. República de El Salvador N36-230 y Av. Naciones Unidas, Edificio Citibank, piso 2. Tel: (+593 2) 2970193 – 2970195 – 2970198

Guayaquil
Junín 114 y Malecón Simón Bolívar, edificio Torres del Río, piso 8.
Tel: (+593 4) 2300814

www.legalecuador.com
info@legalecuador.com

@legalecuador
Noboa, Peña & Torres, Abogados

De la confianza ciega al amor por el ritualismo: un análisis del sistema de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros en el Ecuador

*Claudia Camila Boriz Carrasco**
*María Emilia Flores Suasnavas***

Recibido/Received: 30/05/2020
Aceptado/Accepted: 31/07/2020

Sumario: 1. Introducción. **2.** La necesidad de una colaboración estatal en el arbitraje internacional. **3.** Reconocimiento y ejecución de laudos internacionales. **3.1.** Convención de Nueva York. **3.2.** El caso ecuatoriano. **3.2.1.** Instrumentos internacionales. **3.2.2.** Marco normativo nacional pre-COGEP. **3.2.2.1.** Análisis doctrinario del sistema normativo pre-COGEP. **3.2.3.** Normativa nacional a partir del COGEP. **4.** Posturas que ocasionan problemas en el sistema actual de ejecución de laudos internacionales. **4.1.** La confianza ciega en el arbitraje. **4.1.1.** El problema de los laudos que no son laudos. **4.1.2.** El problema de la cosa juzgada fraudulenta. **4.1.2.1.** El caso *Waleed Bin Khalid Abu-Waleed Al-Qagani et al. c. Chevron Corporation et al.* **4.2.** El amor por el ritualismo. **5.** Propuesta. **6.** Conclusión.

Resumen: El presente artículo pretende describir el proceso de reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales

* Estudiante de pregrado del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Correo electrónico: camiclaub.cc@gmail.com | cboriz@estud.usfq.edu.ec

** Estudiante de pregrado del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Correo electrónico: mfloressu@gmail.com | mefloress@estud.usfq.edu.ec

C. C. Boriz Carrasco & M. E. Flores Suasnavas, "De la confianza ciega al amor por el ritualismo: un análisis del sistema de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros en el Ecuador", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje,* No. 11, 2020, pp. 309-340.

ISSN: 2600-5611 / e-ISSN: 2600-562X
DOI: 10.36649/rea1111

internacionales según la Convención de Nueva York, y cómo esta es aplicada en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, cuyo desarrollo normativo no ha dejado del todo clara la necesidad de un procedimiento de homologación previo a la ejecución de laudos arbitrales extranjeros. Esta falta de claridad ha generado problemas interpretativos dentro del sistema actual: **(i)** la confianza ciega en el arbitraje que, a su vez, genera incertidumbre respecto de laudos inexistentes y/o fraudulentos; y, **(ii)** el amor por el ritualismo, que convierte a los laudos en inejecutables. Frente a esto, trataremos de proponer un sistema más adecuado de homologación de laudos extranjeros que garantice seguridad jurídica, agilidad y sencillez.

Palabras Clave: reconocimiento, ejecución, laudos arbitrales extranjeros, Convención de Nueva York, Ley de Fomento Productivo.

From blind trust to love for ritualism: an analysis of foreign arbitral awards recognition and enforcement in Ecuador

Abstract: This article intends to describe the process of recognition and enforcement of international arbitral awards in the light of the New York Convention, and how it is applied under the Ecuadorian legal system. The regulatory development in Ecuador has not been clear enough to acknowledge the need of a recognition procedure for international award prior to their enforcement. This lack of clarity has created interpretative problems within the current system: **(i)** the blind trust in arbitration has produced uncertainty, especially in regard to inexistent and/or sham arbitral awards; and, **(ii)** love for formalism that makes awards unenforceable. To face this, we will aim to propose a more

adequate system regarding the recognition of foreign awards that guarantees legal certainty, agility, and simplicity.

Keywords: recognition, enforcement, foreign arbitral awards, New York Convention, Ley de Fomento Productivo.

1. Introducción

El arbitraje se ha convertido en un método atractivo de resolución de conflictos tanto a nivel nacional como transnacional. La razón principal se encuentra en la necesidad que tienen los comerciantes de un proceso célere, flexible, neutral y dinámico, que generalmente no se ve satisfecho en la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, la única forma en la que este sistema puede prosperar es si se cumplen dos requisitos fundamentales: "la posibilidad de compeler a la parte recalcitrante a arbitrar y un procedimiento de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales ágil y seguro"[1].

No obstante, la seguridad necesaria para el arbitraje se ha puesto en tela de duda en el ámbito ecuatoriano, pues en la última década ha surgido un cambio legislativo respecto al reconocimiento y ejecución de laudos internacionales. Con la última reforma al Código Orgánico General de Procesos (en adelante COGEP) han surgido dos interpretaciones contrarias sobre cómo debe ejecutarse un laudo: la primera propone la ejecución inmediata, sin la necesidad de un proceso de reconocimiento; en cambio, la segunda aboga por una necesidad de homologación antes de la fase de ejecución.

La aceptación de estas posturas conlleva problemas intrínsecos que solo amplían la inseguridad del régimen actual. En ese sentido, dentro de este artículo, buscaremos

1. F. Cantuarias Salaverry, "Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Internacionales: La Convención de Nueva York de 1958 y la Ley Modelo de UNCITRAL", *Thémis*, No. 21, 1992, p. 18.

exponer la problemática y trataremos de encontrar una solución dentro del sistema vigente. Para ello, empezaremos con una visión general entre el arbitraje y la justicia ordinaria; posteriormente analizaremos el reconocimiento y ejecución de laudos internacionales a la luz de la Convención de Nueva York y el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Después, revisaremos la problemática actual; finalmente, elaboraremos recomendaciones sobre el sistema.

2. La necesidad de una colaboración estatal en el arbitraje internacional

En palabras de Caivano, "[e]l arbitraje no puede existir sin una justicia estatal que le preste apoyo, que le permita suplir los inconvenientes y las limitaciones propias de su origen convencional"[2]. Una de las funciones que cumple la justicia ordinaria frente al arbitraje es la cooperación, que implica la utilización de la facultad de *imperium* para la ejecución forzada de las decisiones arbitrales[3]. Esta se complementa con vías de control previo, como la revisión de la existencia de un acuerdo válido; y, por otro lado, vías de control post-laudo que "operan como recursos o medios de impugnación o reconocimiento de las decisiones de los árbitros"[4].

A nivel transnacional, la aplicación de estas funciones implica un grado de complejidad más elevado que en el ámbito doméstico, considerando que las partes suelen intentar ejecutar sus laudos en Estados diferentes a la sede del arbitraje, por lo que "inevitablemente se necesitará la asistencia de la jurisdicción ordinaria del lugar donde se

2. R. J. Caivano, *Arbitraje*, 2da. Ed., Editorial Ad Hoc, p. 35.
3. R. J. Caivano, "El Rol del Poder Judicial en el Arbitraje Comercial Internacional", p. 101, en Organización de Estados Americanos, Secretaría de Asuntos Jurídicos, Departamento de Derecho Internacional, *Arbitraje Comercial Internacional: Reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros*, Organización de Estados Americanos, 2015, pp. 104-105.
4. Ibídem, pp.106.

quiere ejecutar la sentencia arbitral"[5]. Sin embargo, la mayoría de procedimientos de ejecución solían ser engorrosos y con requisitos obscuros que hacían casi imposible una célere ejecución[6], restando así los beneficios que el arbitraje trae.

Con el objetivo de eliminar estas trabas procedimentales, sin que por ello se deje de lado el control estatal de los laudos internacionales, se ha establecido que el punto medio es el proceso de reconocimiento de laudos[7], como fase previa a su ejecución. Como menciona Aguirre, este proceso no implica otorgar validez al laudo, sino un "proceso de asimilación de la resolución que es producto de un sistema normativo ajeno al del país receptor"[8]. Usualmente, el procedimiento va a consistir en controlar la autenticidad del documento presentado como laudo, verificar que el mismo se encuentre en calidad de cosa juzgada, y garantizar la no vulneración del orden público de esa nación[9]. Esto no significa una revisión del "fondo del laudo como si fuera un tribunal de apelación o de casación"[10].

Por este motivo, la Ley Modelo sobre Arbitraje Internacional de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (en adelante Ley Modelo CNUDMI), como uno de sus objetivos, buscó unificar estos procedimientos de ejecución y reconocimiento de laudos internacionales, y varias leyes nacionales se expidieron con fundamento en la misma[11]. Adicionalmente, existen varios instrumentos que prevén este tipo de procedimientos, como la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial

5. R. Solís Zelaya, "El Papel del Juez en el Arbitraje Comercial Internacional", en Organización de Estados Americanos, N. 3, pp. 129-140.
6. F. Cantuarias Salaverry, N. 1, p. 19.
7. Conocido también como homologación o *exequatur*.
8. V. Aguirre Guzmán, "La ejecución de los laudos internacionales en Ecuador y el Código Orgánico General de Procesos", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 6, 2014, p. 84.
9. R. J. Caivano, N. 3, pp. 108-109.
10. V. Sandler Obregón, "El Acuerdo Arbitral y sus Efectos en el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias o Laudos Arbitrales Extranjeros", en Organización de Estados Americanos, N. 3, p. 272.
11. R. Santos Belandro, "La Pluralidad de los Tratados y de Legislaciones en Relación con el Arbitraje Comercial Internacional", en Organización de Estados Americanos, N. 3, pp. 50-51.

Internacional aprobada en Panamá en 1975 (en adelante Convención de Panamá). Sin perjuicio de estos avances, el instrumento fundamental en materia de reconocimiento y ejecución de laudos internacionales a nivel mundial es la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (en adelante Convención de Nueva York), aprobada el 10 de junio de 1958.

A continuación, se realizará una revisión general del sistema de reconocimiento y ejecución de laudos según **(i)** la Convención de Nueva York por ser el único tratado internacional específico sobre esta materia aceptado universalmente; y, **(ii)** la legislación ecuatoriana, a fin de evidenciar la problemática del sistema actual.

3. Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales internacionales

3.1. Convención de Nueva York

Como se mencionó previamente, la importancia de la Convención de Nueva York radica en su aceptación mundial ya que cuenta con 161 Estados miembros. Esta aprobación surge por las soluciones que trae la Convención a los problemas de carga de la prueba y doble *exequatur*[12] de los que adolecían sus antecesoras: el Protocolo Relativo a las Cláusulas de Arbitraje en Materia Comercial adoptado el 24 de septiembre de 1923 y la Convención Internacional para la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, adoptada el 26 de septiembre de 1927[13,14].

12. F. Cantuarias Salaverry, N. 1, p. 19.
13. Ibídem.
14. El primer instrumento abarcaba el reconocimiento de los acuerdos arbitrales, mientras que el segundo recogía el reconocimiento y la ejecución de laudos internacionales. Véase, D. Jiménez Figueres, "Las convenciones anteriores a la Convención de Nueva York: discusiones y problemas", p. 2, en Tawil & Zuleta, *Arbitraje Comercial Internacional*, *Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50 aniversario*, Perrot, 2008, pp. 1-14.

El objetivo principal de la Convención es unificar el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros. Para esto, "abre la posibilidad de que el juez nacional, una vez reconocido el laudo, pueda hacerlo efectivo a través del mecanismo interno que cada Estado tenga para el efecto y el cual, obviamente, debe estar permeado por los lineamientos que imparte la misma Convención"[15]. En ese sentido, se entiende que la Convención, previo a ejecutar un laudo extranjero, permite a los Estados regular un proceso interno de reconocimiento, que no puede exigir requisitos adicionales o más gravosos que los necesarios para las sentencias arbitrales nacionales[16]. Estos requisitos están contenidos en los artículos IV y V de la Convención.

Así, el Artículo IV establece los requisitos formales que deben presentarse para poder reconocer y ejecutar el laudo, como la necesidad de presentar documentos originales o copias certificadas y su traducción en caso de requerirse[17]. Una vez que la autoridad competente compruebe el cumplimiento de estos requisitos, se puede proceder al reconocimiento del laudo. Esto "conforme [a] las normas de procedimiento vigentes en [cada territorio] [...] sin que puedan imponerse condiciones o requisitos rigurosos, ni honorarios o costas más elevadas de las que se aplican [a] [...] los laudos arbitrales nacionales"[18].

Por su parte, el artículo V de la Convención establece dos tipos de causales que pueden impedir el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales internacionales: **(i)** las que deben ser alegadas por la parte contra quien se intenta ejecutar la sentencia arbitral, por lo que la carga de la prueba se traslada a la parte demandada; y, **(ii)** las que pueden ser declaradas

15. A. Bouchenak, M. Ojea, e I. Rivera, "La Convención de Nueva York. Algunos aspectos relacionados con el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales. El orden público", en Organización de Estados Americanos, N. 3, p. 66.
16. Ibídem.
17. Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (1958), Artículo IV.
18. V. Sandler Obregón, N. 10, pp. 272-273.

de oficio por la autoridad competente. Las primeras se encuentran en el numeral 1 y se resumen en: a) incapacidad de las partes; b) falta de notificación que acarree indefensión; c) tratamiento de temas no cubiertos por el acuerdo arbitral; d) inobservancia del procedimiento acordado por las partes, o de la ley aplicable; o, e) falta de ejecutoria o carácter definitivo de la sentencia. Por otro lado, las segundas se encuentran en el numeral 2 del mencionado artículo y son: "a) [q]ue, según la ley de ese país [de reconocimiento y ejecución], el objeto de la diferencia no [sea] susceptible de solución por vía de arbitraje; o, b) [q]ue el reconocimiento o la ejecución de la sentencia [sean] contrarios al orden público de ese país"[19]. Es decir, los jueces nacionales pueden controlar únicamente la arbitrabilidad y la concordancia del proceso y del laudo con el orden público[20].

Se ha analizado la posibilidad de que las cortes permitan el reconocimiento y ejecución de laudos en los cuales concurran algunas de las causales de denegación del artículo V. Frente a esto, se ha concluido que la Convención contiene un lenguaje permisivo, lo que sugiere que las cortes nacionales disponen de cierta discreción en su aplicación[21]. Esta interpretación se complementa con el principio de favorabilidad reconocido en el artículo VII de la Convención. De conformidad con este principio, en Francia, las cortes utilizan su legislación interna, con menos requisitos para el reconocimiento, incluso cuando la parte no la ha invocado[22].

En virtud de lo expuesto, se puede concluir que la regulación del proceso de reconocimiento y ejecución de la Convención de Nueva York

19. Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (1958), N. 17, Artículo V.
20. V. Sandler Oregón. N. 10, p. 273.
21. G. A. Berman, *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: The Application of the New York Convention by National Courts*, p. 36, <https://bit.ly/34SeIBW> (10/11/2019).
22. Ibídem, p. 22-23.

> [s]e caracteriza por **(i)** la no revisión del fondo de la decisión, **(ii)** la taxatividad de las causales de denegación, **(iii)** la carga de la prueba en cabeza del demandado de las causales contempladas en el Artículo V(1), **(iv)** la existencia de causales que pueden ser decretadas de oficio por las Cortes Nacionales previstas en el Artículo V(2) y; **(v)** la facultad de las Cortes Nacionales para otorgar el reconocimiento y ejecución de una sentencia arbitral, aun existiendo una causal que permita la denegación del mismo[23].

3.2. El caso ecuatoriano

Para estudiar el funcionamiento de la ejecución de los laudos internacionales en el Ecuador, es necesario revisar el bloque normativo aplicable a la materia. Para esto, se detallarán los instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras. Posteriormente, se examinará la evolución de las disposiciones del ordenamiento jurídico nacional sobre homologación y ejecución de laudos internacionales incluyendo la revisión de posiciones doctrinarias frente al desarrollo del procedimiento contemplado en el sistema ecuatoriano.

3.2.1. Instrumentos internacionales

Ecuador ratificó la Convención de Nueva York[24] el 3 de abril de 1962. Como se expresó en el apartado anterior, esta Convención otorga total libertad a los Estados para la determinación de las normas procesales para la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras. A la vez, determina los documentos requeridos para que un laudo sea reconocido y ejecutado y las únicas causales para negar su reconocimiento. Adicionalmente, la Convención otorga a la parte ejecutante la

23. A. Bouchenak, M. Ojea, e I. Rivera, N.15, p. 68.
24. Véase, Sección 3.1.

facultad de invocar la norma que le sea más favorable para hacer valer el laudo en el país en el que se pretende ejecutar[25].

Ecuador es, además, parte de la Convención Interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros, que en su artículo 2 describe los requisitos que deben cumplir los laudos arbitrales dictados en un Estado parte para tener eficacia extraterritorial en otro, es decir, para ser susceptibles de ejecución[26]. Sin embargo, al igual que la Convención de Nueva York, tampoco establece explícitamente un procedimiento de homologación o reconocimiento de laudos extranjeros.

Por último, la Convención de Panamá, de la que el Ecuador también es parte, prescribe que la ejecución y reconocimiento de laudos extranjeros debe hacerse de la misma forma que para "sentencias dictadas por tribunales ordinarios nacionales o extranjeros, según las leyes procesales del país donde se ejecuten, y lo que establezcan los tratados internacionales"[27]. Es decir, el procedimiento debe ser regulado por las normas internas de cada Estado parte, pero debe ser el mismo que el requerido para la ejecución de sentencias nacionales o internacionales.

En ese sentido, está claro que el procedimiento de reconocimiento y ejecución debe ser regulado internamente por el Ecuador, y esta regulación está sujeta a verificación de no contravenir las disposiciones de los tratados internacionales.

3.2.2. Marco normativo nacional pre-COGEP

Dentro del marco normativo nacional, es importante señalar que los procedimientos de homologación y ejecución

25. Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (1958), N. 17, Artículo VII(1).
26. Convención Interamericana Sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros (1979), Artículo 2.
27. Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (1975), Artículo 4.

han sufrido diversos cambios. De hecho, en determinados períodos, para ejecutar un laudo extranjero en el Ecuador, la homologación no ha sido necesaria previo a proceder al cumplimiento del laudo. A continuación, se revisará la evolución normativa del asunto en la legislación ecuatoriana.

La Ley de Arbitraje y Mediación de 1997 prescribía para los laudos extranjeros los mismos efectos y ejecución que para los laudos nacionales[28]. Adicionalmente, preveía que las partes debían cumplir inmediatamente todo laudo ejecutoriado, para lo cual se debía solicitar a los jueces ordinarios "que ordenen la ejecución del laudo"[29]. Además, los laudos arbitrales equivalían, como hasta ahora, a una sentencia ejecutoriada y tenían autoridad de cosa juzgada. Por lo tanto, se ejecutaban del mismo modo que las sentencias de última instancia, es decir, por vía de apremio. Las únicas excepciones admisibles frente a un intento de ejecución de laudo eran aquellas originadas "con posterioridad a la expedición [del mismo]"[30]. Bajo esta ley, parecería ser que no era necesario reconocer u homologar los laudos arbitrales extranjeros previo a su ejecución.

La codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación del 2006 (en adelante LAM) no supuso cambio alguno, por lo cual, la legislación expedida hasta ese año no hacía ninguna referencia a procedimientos de homologación de laudos específicamente. Así, no se exigía un requisito previo a la ejecución, lo cual habría podido causar dilaciones[31]. Al ser esto más favorable que la Convención de Nueva York respecto a la ejecución de las decisiones emitidas por los árbitros alrededor del mundo, el régimen ecuatoriano era el preferido para ejecutar laudos

28. Ley de Arbitraje y Mediación, Artículo 42, RO No. 145, 04/09/1997.
29. Ídem, Artículo 32.
30. Ídem.
31. Ídem.

extranjeros en Ecuador en observancia del artículo VII de la Convención[32].

Por su parte, el artículo 414 del Código de Procedimiento Civil de 2005 (en adelante CPC) contenía la misma disposición del artículo 424 de su versión de 1987: "[l]as sentencias extranjeras se ejecutarán si no contravienen al Derecho Público Ecuatoriano o a cualquier Ley nacional y si estuvieren arregladas a los tratados vigentes". A falta de tratados y convenios internacionales se debía realizar un procedimiento de homologación en el que se debía comprobar que la sentencia haya pasado en autoridad de cosa juzgada y que haya recaído sobre acción personal[33]. Como se revisará más adelante, según parte de la doctrina esta disposición era aplicable por analogía a los laudos extranjeros. Además de aquello, no había referencia alguna a sentencias extranjeras ni a la ejecución de los laudos arbitrales nacionales ni extranjeros.

A continuación, se examinará las diferentes posturas doctrinarias respecto al reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros en el Ecuador durante la vigencia de las disposiciones analizadas hasta este punto.

3.2.2.1. Análisis doctrinario del sistema normativo pre-COGEP

Andrade Ubidia señaló que, pese a que los laudos son considerados títulos ejecutivos, estos deben ser homologados, es decir, nacionalizados mediante un proceso de conocimiento que determine si la decisión que contienen puede tener el mismo valor que un laudo o sentencia nacional. Esta posición se respaldaba, según el autor, en lo que disponía el artículo 414 del CPC. Así, el autor arguye que sostener que la sentencia de

32. Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (1958), N. 17, Artículo VII(1).
33. Código de Procedimiento Civil, RO (S) No. 58, 12/07/2005.

exequatur no es necesaria para iniciar la ejecución del laudo es inadmisible pues, si bien los laudos tienen efecto de sentencia ejecutoriada y, por tanto, cosa juzgada, jamás podrían tener "mejor calidad que una sentencia extranjera"[34], para cuya ejecución sí se requiere de homologación previa:

> [l]as razones que imponen la revisión de la [sic.] sentencias son igualmente aplicables a los laudos internacionales, por lo tanto, un laudo dictado dentro de un procedimiento de arbitraje internacional surte los efectos de sentencia ejecutoriada extranjera.
>
> Como fluye de [las normas internacionales aplicables, estas] imponen la revisión previa de los laudos arbitrales, [sic.] por la autoridad competente del Estado en el cual se los pretende ejecutar, para su reconocimiento o nacionalización.
>
> Una vez reconocido el laudo, tendrá los mismos efectos y fuerza que los laudos nacionales y, por lo tanto, desde ese momento constituirán cosa juzgada y gozarán de fuerza ejecutiva[35].

Por el contrario, Salazar sostiene que, de conformidad con la LAM, "los laudos internacionales se ejecutan de la misma forma que los laudos nacionales, sin necesidad de ser reconocidos mediante exequatur [sic.]"[36]. En el mismo sentido, Jijón señala que el laudo no debe ser reconocido previo a su ejecución, sino que esta procede directamente[37,38]. Marchán, por su parte, trajo una interpretación diferente al aducir que quien trate de ejecutar un laudo tiene dos opciones, a saber: **(i)** someterse a la LAM; o bien, **(ii)** aplicar la Convención de Nueva York[39].

---

34. S. Andrade Ubidia, "En torno al tema del reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras y laudos internacionales", *Revista de Derecho Foro*, No. 6, 01/2006, pp. 59-93.
35. Ibídem.
36. H. A. Echeverría Franco, entrevista con Ramiro Salazar, en *Ejecución de laudos arbitrales internacionales en el Ecuador*, Tesis de Grado, Universidad de las Américas, Quito, 2011.
37. Ibídem, entrevista con Rodrigo Jijón.
38. Al respecto véase, A. Ponce Martínez, L. Ponce Palacios, M. I. Zurita Ramírez & M. B. Merchán Mera, "Homologación, reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros en Ecuador", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 9, 2017.
39. H. A. Echeverría Franco, N. 36, entrevista con Juan Manuel Marchán.

La interpretación de Marchán debe ser analizada considerando la jerarquía de normas establecida en el artículo 425 de la Constitución de la República. En aplicación de dicho artículo, la Convención de Nueva York, al ser un tratado internacional, prevalece sobre las leyes nacionales de cualquier tipo, aunque su aplicación se vea diferida por su propio artículo VII al establecer la prevalencia de disposiciones más favorables para la ejecución del laudo arbitral. Consecuentemente, quien pretende ejecutar un laudo podría remitirse a la LAM porque esta no exige reconocimiento previo del laudo extranjero, siendo así más favorable que la Convención de Nueva York, que permite que sus disposiciones sean prorrogadas en caso de existir mayor facilidad de ejecución en la regulación de una norma nacional o tratado internacional aplicable.

Como se ha hecho evidente hasta este punto, previo a la expedición del COGEP en 2015, la opinión doctrinaria mayoritaria sostenía que los laudos internacionales se ejecutaban de la misma forma que los nacionales: sin necesidad de cumplir el requisito previo de homologación[40].

3.2.3. Normativa nacional a partir del COGEP

El COGEP, que entró en vigencia el 23 de mayo de 2016, estableció por primera vez un procedimiento para el reconocimiento y homologación de laudos arbitrales expedidos en el extranjero[41], zanjando así la discusión anterior. Según estas reglas, le correspondía conocer el procedimiento de homologación a la sala de la Corte Provincial del domicilio de la persona contra la que se pretendía ejecutar la decisión.

Frente a la solicitud de homologación, la contraparte podía presentar oposición en el término de 5 días, si el laudo

40. F. Cordón Moreno, *El proceso de ejecución*, Arazandi, 2002, p. 75, en V. Aguirre Guzmán, N. 8.
41. Código Orgánico General de Procesos, Artículos 102-105, RO (S) No. 506, 22/05/2015.

no cumplía con los siguientes requisitos: **(i)** ser auténtico en el Estado de origen; **(ii)** tener autoridad de cosa juzgada con su documentación legalizada; **(iii)** estar traducido; **(iv)** ser notificado a la contraparte y asegurado su derecho a la defensa; **(v)** constar indicado el lugar de citación de la persona contra quien se ejecuta la sentencia; y, en caso de ser arbitrajes contra el Estado, demostrarse que no se encuentra contrario al régimen jurídico ecuatoriano[42]. En caso de oposición, estaba a discreción de la Corte el convocar a una audiencia. Independientemente, debía dictar una decisión en el término de 30 días desde la citación.

Una vez homologado el laudo, se procedía a la ejecución, procedimiento que le correspondía conocer al juzgador de primer nivel del domicilio del demandado competente en razón de la materia[43], pero en ningún caso se podía proceder a la revisión del fondo de la controversia[44].

En defensa de esta nueva postura que adoptó el legislador ecuatoriano, Aguirre señala que el laudo arbitral "solo adquiere carta de título de ejecución una vez que se ha [sic.] verificado requisitos mínimos de regularidad"[45].

Así, debía probarse que el laudo tenía ya autoridad de cosa juzgada y que cumplía los requisitos de legalidad y compatibilidad con el ordenamiento jurídico. Además, se limitaba la ejecución de laudos extranjeros únicamente a aquellos que no habían sido anulados en sede. Esto llevó a otro sector de la doctrina a sostener que las nuevas regulaciones resultaban mucho más gravosas que la Convención de Nueva York y que la Convención de Panamá[46]. Sin embargo, como se

42. Ídem. Artículo 104.
43. Ídem. Artículo 102.
44. Ídem. Artículo 103.
45. V. Aguirre Guzmán, N. 8, p. 83.
46. E. Carmigniani, H. García Larriva, & C. Cepeda, "Arbitraje en Ecuador: desarrollo jurisprudencial y reformas legales recientes", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 7, 2015, pp. 167-168.

estudió antes, al tener los tratados internacionales jerarquía normativa y al prever disposiciones más favorables a la ejecución del laudo arbitral, en observancia de la Constitución de la República y de la Convención de Nueva York, respectivamente, las normas del COGEP sobre este respecto podían también llegar a ser inaplicadas.

Adicionalmente, el COGEP, en su artículo 363 numeral 5 reconoció al laudo arbitral expedido en el extranjero y homologado conforme a las reglas anteriores como título de ejecución, por lo que, tras la solicitud, el juzgador debía seguir el procedimiento para expedir el mandamiento de ejecución, ordenando al ejecutado cumplir sus obligaciones bajo la prevención de que, de no hacerlo, se ejecutará forzosamente. Las únicas oposiciones permitidas para el deudor estaban contempladas en el artículo 373, que señala, en síntesis, los modos de extinguir obligaciones.

De esta forma, el COGEP expresamente derogó el último inciso del artículo 42 de la LAM que establecía que "[l]os laudos dictados dentro de un procedimiento de arbitraje internacional, tendrán los mismos efectos y serán ejecutados de la misma forma que los laudos dictados en un procedimiento de arbitraje nacional"[47].

La cuestión permaneció inalterada hasta la expedición de la Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo, y Estabilidad y Equilibrio Fiscal (en adelante Ley de Fomento Productivo) que, en su disposición derogatoria segunda, eliminó todas las referencias a laudos arbitrales de los artículos 102 a 106 del COGEP. De igual manera, dejó sin efecto su disposición derogatoria decimotercera, reviviendo así al último inciso del artículo 42 de la LAM[48]. La

47. Código Orgánico General de Procesos, N. 41, Disposición Derogatoria Decimotercera.
48. Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo, y Estabilidad y Equilibrio Fiscal, Disposición Derogatoria Segunda, RO (S) No. 309, 21/08/2018.

expedición de esta norma devolvió conformidad a la regulación del COGEP respecto de la Convención de Nueva York. Esta última dispone, en su artículo III, que cada Estado puede regular el procedimiento de reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, siempre y cuando este se ajuste a las condiciones establecidas en la Convención y no sea más gravoso que el correspondiente a las sentencias arbitrales nacionales[49].

Con sus disposiciones, la Ley de Fomento Productivo parecía haber eliminado el procedimiento de homologación de laudos arbitrales extranjeros, estableciendo menos requisitos que los previstos en la Convención de Nueva York. Esto es acorde al espíritu de la misma, pues su artículo VII "pretende mantener en vigencia tanto tratados como legislaciones más favorables al reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros y en tal caso la Convención de Nueva York cede su lugar a textos más favorables"[50]. Esta postura, denominada por Sandler Obregón como el principio de «eficacia máxima»[51], se encuentra reconocida por la Recomendación de la CNUDMI en la interpretación de la Convención, dictada en el año 2006:

> [t]eniendo también en cuenta que se han promulgado leyes nacionales más favorables que la Convención [...] Recomienda que el párrafo 1 del artículo VII de la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958, se aplique de forma que permita a toda parte interesada acogerse a los derechos que puedan corresponderle en virtud de las leyes o Tratados del país donde se invoque el acuerdo de arbitraje, para obtener el reconocimiento de la validez de ese acuerdo de arbitraje[52].

49. Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (1958), N. 17, Artículo III.
50. R. Santos Belandro, N.11, p. 54.
51. V. Sandler Obregón. N. 10, p. 274.
52. Recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2 del artículo II y del párrafo 1 del artículo VII de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York, aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (2006).

Sin embargo, la cuestión no fue tan pacífica, pues el gran error del legislador fue no eliminar del numeral 5 del artículo 363 del COGEP la frase "[…], homologados conforme con las reglas de este Código", pues al no hacerlo se generó una antinomia en el ordenamiento jurídico. De esta manera, para que un laudo extranjero tenga calidad de título de ejecución se requiere que este haya sido homologado en Ecuador, pero no se establece el procedimiento para hacerlo.

Esta omisión ha generado varios problemas producto de dos entendimientos distintos de los jueces, a saber: **(i)** la confianza ciega en el arbitraje; y, **(ii)** el amor por el ritualismo. Ambas posturas serán revisadas en el siguiente apartado.

4. Posturas que ocasionan problemas en el sistema actual de ejecución de laudos internacionales

4.1. La confianza ciega en el arbitraje

Esta postura hace referencia a aquellos jueces que entienden que la derogatoria de la Ley de Fomento Productivo generó que en Ecuador no se necesite procedimiento alguno de reconocimiento de los laudos arbitrales extranjeros. Se ha dicho que

> [l]a intención general fue la de eliminar el procedimiento de homologación para los laudos dictados en el extranjero, ello se demuestra: i) con la reforma a los artículos 102 y 106 del COGP y, ii) con el restablecimiento de la vigencia del artículo 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación, reformas incorporadas con la [Ley de Fomento Productivo]. De la norma citada, se puede apreciar que, parecería que fue un error del legislador mantener la palabra "laudo" en este articulado, pues, caso contrario, no se hubieran realizado las reformas al respecto y, en consecuencia, se hubiera continuado con el inexcusable requisito de homologar

los laudos arbitrales extranjeros antes de que proceda su ejecución[53].

Quienes defienden esta posición consideran, además, que con la expedición de la Ley de Fomento Productivo, que devolvió a la vida al artículo 42 de la LAM, no solo se derogó lo que se dejó expresado en su codificación (específicamente, lo prescrito en su disposición derogatoria segunda, referente a los artículos 102 a 106 y a la disposición derogatoria decimotercera del COGEP), sino también toda disposición que "pugna con las disposiciones de la nueva ley"[54]. De esta manera, quedó derogada tácitamente la parte del numeral 5 del artículo 363 del COGEP referente a la necesidad de homologación de los laudos arbitrales expedidos en el extranjero. Así, el referido numeral de dicho artículo únicamente requeriría homologación de sentencias y actas de mediación extranjeras, pero no de laudos arbitrales.

Adicionalmente, se ha dicho que es necesario atender a lo prescrito en el segundo inciso del numeral 1 del artículo 18 del Código Civil: "[p]ero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento […]"[55]. Por lo tanto, cualquier interpretación que pretenda imponer para la ejecución de laudos extranjeros un requisito previo de homologación, de acuerdo con esta postura, dejaría sin efecto la disposición derogatoria de la Ley de Fomento Productivo y también la intención del legislador de agilizar el proceso de ejecución de laudos extranjeros.

Sin embargo, esta posición genera un problema de seguridad jurídica. Al no haber un proceso de reconocimiento,

53. D. Guarderas, *Ejecución de laudos arbitrales extranjeros en el Ecuador*, <https://bit.ly/327aIvl> (22/11/2019).
54. Código Civil, Artículo 38, RO (S) No. 46, 24/06/2005.
55. Ídem, Artículo 18.

y no existir causales de oposición a la ejecución diferentes a la extinción de la obligación, se dificulta el saber con certeza si se está ejecutando un verdadero laudo; y, por otro lado, que ese laudo no sea fraudulento.

4.1.1. El problema de los laudos que no son laudos

Dentro de la normativa legal ecuatoriana no existe una definición legal sobre qué es un laudo arbitral. De igual forma, la Convención de Nueva York no ha logrado proveer una definición clara de lo que debe entenderse por «laudo o sentencia arbitral». A su respecto, el artículo I(2) únicamente establece que el término "no sólo comprenderá las sentencias dictadas por los árbitros nombrados para casos determinados, sino también las sentencias dictadas por los órganos arbitrales permanentes a los que las partes se hayan sometido"[56]. La mayoría de las legislaciones nacionales tampoco contiene una definición exacta y prefieren mantener un espectro amplio de interpretación, en donde se incluye el requisito de que el laudo decida de manera vinculante y definitiva la disputa, o se recogen los requerimientos del artículo 31 de la Ley Modelo CNUDMI[57]. Por este motivo, corresponde a los jueces nacionales determinar con precisión qué decisiones pueden entenderse como laudos. Esto siempre que su discrecionalidad no restrinja o genere requisitos más gravosos que los mínimos que establece la Convención.

En ese sentido, al no existir ningún procedimiento de reconocimiento de laudos, los jueces nacionales no tienen la oportunidad de verificar que lo que se intenta ejecutar sea verdaderamente un laudo, o que pueda ser entendido como tal. Adicionalmente, la parte ejecutada no puede excepcionarse alegando la inexistencia del laudo pues, como se mencionó,

56. Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (1958), N. 17, Artículo I(2).
57. G. A. Bermann, N. 21, p. 13.

la norma restringe las excepciones a los modos de extinguir obligaciones. Este vacío y falta de reconocimiento genera problemas más graves, como la posible ejecución de lo que la doctrina conoce como la cosa juzgada fraudulenta.

4.1.2. El problema de la cosa juzgada fraudulenta

El segundo problema que la confianza ciega en el arbitraje trae es la apertura a la posibilidad de ejecución de lo que la doctrina ha llamado "cosa juzgada írrita o fraudulenta" que, de acuerdo con Valcarce, consiste en

> [u]n negocio fraudulento, realizado con o mediante instrumentos procesales; el fraude y la simulación a través del proceso están orquestados por las partes, pero también dirigidos al juez a quien enlazan para complicarlo en la expedición de una sentencia injusta. El juez, sujeto también de la relación procesal, ha sido llevado a engaño en la confección de un acto que de lícito sólo tiene lo externo[58].

Esta forma de fraude procesal puede involucrar a las partes, a terceros, al juzgador y a sus auxiliares para obtener una decisión cuyo fin sea ilícito[59]. Se trata de una conducta dolosa "destinada a obtener una decisión jurisdiccional [o arbitral] en apariencia legal pero que en realidad encierra un provecho ilícito"[60], que adquiere gravedad particular cuando se esconde tras el escudo de la cosa juzgada por su oponibilidad a terceros[61]. Consecuentemente, la cosa juzgada fraudulenta se circunscribe a lo que la doctrina denomina "fraude por el proceso", en el cual el proceso es utilizado como un medio para afectar a terceros por consistir en una mera simulación

58. A. Valcarce, "Revisión de la Cosa Juzgada Írrita", *Derecho PUCP,* No. 53, 2000, pp. 815-824.
59. J. W. Peyrano, *El Proceso Civil,* Editorial Astrea, 1978, p. 202., en A. Valcarce, N. 58.
60. A. M. Arrarte Arisnabarreta, "Alcances sobre la nulidad de cosa juzgada fraudulenta", *Ius et veritas*, No. 7(13), 1996, pp. 173-184.
61. Ibídem.

falsa en esencia y propósito, a pesar de su apariencia de validez formal[62].

Si bien es cierto, este problema ha sido abordado por varias legislaciones alrededor del mundo a través de un recurso extraordinario de nulidad, el ordenamiento jurídico ecuatoriano, al igual que otros, únicamente contempla la nulidad de los laudos arbitrales por la omisión de formas sustanciales dentro del proceso. No obstante, no contempla aquellas circunstancias que, pese a estar dotadas de aparente regularidad, constituyen una conducta más que dañosa para quienes no han formado parte del proceso arbitral irregular. En arbitrajes nacionales, esto no presenta mayor inconveniente, pues siempre existe la posibilidad de entablar la acción extraordinaria de protección frente a violaciones de derechos constitucionales. Sin embargo, con laudos internacionales el ejecutado no tiene defensa alguna frente a la cosa juzgada fraudulenta dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Este ha sido el caso de, por ejemplo, los supuestos procesos arbitrales que se han llevado a cabo en Perú por organizaciones delictivas, que inician procedimientos fraudulentos para adquirir pronunciamientos favorables en un laudo arbitral sobre controversias inexistentes acerca de bienes que no pertenecen a ninguna de las partes, perjudicando así a terceros de buena fe. La confianza ciega en el arbitraje ha llevado a la legislación peruana a otorgar la posibilidad de prescindir de un procedimiento judicial de reconocimiento e incluso de ejecución de laudos, prohibiendo también a las instituciones registrales cualquier tipo de análisis respecto a la validez, licitud y contenido del laudo[63].

62. Ibídem.
63. E. G. Trujillo Flores, *La vulneración al ordenamiento jurídico mediante la inscripción de laudos arbitrales fraudulentos,* Tesis de grado, Universidad Privada Antenor Orrego, 2017.

La problemática que la cosa juzgada fraudulenta traería al Ecuador por la falta de un proceso de reconocimiento es fácilmente identificable si trasladamos el proceso de ejecución ante la Corte de California del supuesto laudo dictado dentro del caso *Waleed Bin Khalid Abu-Waleed Al-Qagani et al. c. Chevron Corporation et. al.*, a la realidad ecuatoriana. A continuación, explicaremos dicho supuesto.

4.1.2.1. El caso Waleed Bin Khalid Abu-Waleed Al-Qagani et al. c. Chevron Corporation et al.

Este caso se desarrolló en virtud de un contrato de concesión de terrenos petroleros celebrado en el año 1933 entre los jeques del Reino de Arabia Saudita y la Standard Oil Company of California "SOCAL" (en adelante Acuerdo de Concesión), que más tarde pasaría a llamarse Chevron Corporation. En 2005, los herederos de los contratantes exigieron la devolución de sus propiedades en virtud del avenimiento del plazo de sesenta años que resolvía la concesión. En tal virtud, los herederos demandaron en sede arbitral ante el Centro de Arbitraje Internacional (en adelante IAC), ubicado en El Cairo, Egipto, fundamentando su elección de foro en el artículo 31 del Acuerdo de Concesión que contenía la cláusula arbitral.

En 2014, Chevron Corporation envió comunicaciones al IAC especificando los siguientes defectos jurisdiccionales presentes en el procedimiento: **(i)** ni los peticionarios ni los demandados formaron parte del Acuerdo de Concesión; **(ii)** la inexistencia de un acuerdo de arbitraje a celebrarse ante el IAC; y, **(iii)** la conformación del tribunal en inobservancia del contrato. No obstante, el IAC se declaró competente, aplicó la ley saudí al Acuerdo de Concesión y, tras haber escuchado la evidencia, concedió a los peticionarios la devolución de los terrenos y el valor del alquiler por diez años a modo de compensación por el tiempo que los demandados utilizaron los terrenos

sin pagar a los peticionarios. Así, el IAC, en el laudo final, condenó a la demandada al pago de $ 17"943'874.921,10 dólares americanos[64].

El supuesto laudo arbitral surtió ejecutoria en 2015 al no haberse presentado recurso alguno[65] y, por lo tanto, la decisión se tornó elegible para su reconocimiento y ejecución, bajo los preceptos de la Convención de Nueva York, al ser las sedes de emisión (Egipto) y de pretendida ejecución (Estados Unidos) del laudo respectivamente partes de este instrumento. Ante esto, los peticionarios, a fin de ejecutar el laudo bajo la ley del Estado de California, solicitaron su reconocimiento de conformidad con el capítulo segundo de la Ley Federal de Arbitraje de los Estados Unidos. Esta ley prescribe que las únicas causales que permitirían a un tribunal negarse a reconocer un laudo son las establecidas en el artículo V, numerales 1 y 2 de la Convención de Nueva York.

Ante la solicitud de reconocimiento de los peticionarios, Chevron Corporation y Chevron USA Inc. se excepcionaron alegando que no existió acuerdo alguno de arbitraje entre las partes, lo cual ocasionaba que el IAC no fuera competente para conocer el caso; que el convenio arbitral y su copia debidamente certificada no fueron presentados, y; que hubiera vicios de falsedad en el proceso lo cual ocasiona defectos jurisdiccionales bajo la luz de la Convención de Nueva York[66]. Además, señalaron que el procedimiento iniciado en su contra por los peticionarios en colusión con el IAC fue ilegal y que las autoridades penales de Egipto se encontraban investigando la

64. International Arbitration Center, *Waleed Bin Khalid Abu Al-Waleed Al-Qargani et al. c. Chevron Corporation et al.*, Laudo, 03/06/2015.
65. Corte del Distrito Norte de California, División San Francisco, *Petition for an order to confirm a foreign arbitration award and for entry of judgement in conformity with the arbitral award. Waleed Bin Khalid Abu Al-Waleed Al-Qargani et al. c. Chevron Corporation et al.*, Caso No. 4:18-cv-03297-JSW, 01/06/2018, párr. 4.
66. Corte de Distrito Norte de California, División de Oakland, *Respondent´s motion to dismiss and opposition to the petition to confirm a foreign arbitration award. Waleed Bin Khalid Abu Al-Waleed Al-Qargani et al. c. Chevron Corporation et al.*, Caso No. 4:18-cv-03297-JSW, 05/08/2018.

falsedad de su actuación por una alerta emitida por Chevron de Arabia Saudita en el 2015[67]. Adicionalmente, indicaron que los peticionarios presentaron su solicitud de reconocimiento del laudo apenas días antes de la prescripción de la acción[68] y que para el reconocimiento se adjuntó una versión que adolecía de falsedad en los sellos, diferente al laudo presentado a las autoridades egipcias[69].

Por el contrario, como explicó Born en su opinión experta del caso, en el Acuerdo de Concesión, las partes acordaron que sus disputas serían resueltas en arbitraje *ad-hoc*[70]. Por lo que Chevron alegó que el IAC carecía de autoridad para administrar el proceso y cualquier laudo emitido por éste acarrearía una nulidad legal[71]. Además, Born mencionó que el IAC violó los principios básicos de arbitraje internacional en virtud de la Convención al no existir un convenio arbitral válido y que el procedimiento arbitral se llevó a término con irregularidades relativas al consentimiento, al debido proceso y al derecho a la defensa de Chevron[72].

Estados Unidos cuenta con una política pública contra el reconocimiento de laudos obtenidos a través de medios fraudulentos. Esta busca preservar los establecido en la Convención de Nueva York y garantizar la integridad del arbitraje internacional[73]. Por eso, la defensa de Chevron se centró en: **(i)** que no existió consentimiento de las partes para someterse a la jurisdicción del IAC, ni un acuerdo válido entre los peticionarios y Chevron Corporation; **(ii)** que existió una violación al derecho de defensa de Chevron Corporation, al

67. Ibídem.
68. Ibídem, pp. 16-17
69. Corte de Distrito Norte de California, División de Oakland, *Declaration of Gary B. Born. Waleed Bin Khalid Abu Al-Waleed Al-Qargani et al. c. Chevron Corporation et al*., Caso No. 4:18-cv-03297-JSW, 5/08/2018, p. 37-39.
70. Ibídem., p. 26.
71. Corte de Distrito Norte de California, División de Oakland, N. 66, p. 28.
72. Ibídem, p. 21-22.
73. Ibídem, p. 37.

no permitírsele presentar su caso ante el supuesto tribunal arbitral; **(iii)** que el supuesto laudo adolece del vicio de extra petita; **(iv)** que el tribunal no fue constituido en arreglo a lo estipulado por las partes en el convenio arbitral; **(v)** que el tribunal inobservó el procedimiento establecido por las partes en el convenio arbitral al establecer una sede y normativa aplicables incorrectas; y, **(vi)** que el reconocimiento del laudo violaría las políticas públicas de los Estados Unidos[74].

La Corte de California concluyó que no tenía jurisdicción para reconocer y ejecutar el supuesto laudo en virtud de que los peticionarios no pudieron demostrar la existencia de un acuerdo de arbitraje válido. Sobre el Acuerdo de Concesión estableció que "no hay discusión de que la cláusula arbitral original aplica a las partes del acuerdo: la Compañía *Standard Oil of California Company* y el Gobierno de Arabia Saudita"[75]. Además, incluso de existir un acuerdo válido, se cometieron errores procedimentales como no presentar copias auténticas del laudo que se intenta ejecutar. Finalmente, la Corte concluye que también se negaría el reconocimiento por incurrir en una de las causales establecidas por el artículo V de la Convención de Nueva York, al no respetarse el acuerdo de las partes de llevar a cabo un procedimiento *ad-hoc*, y teniendo en cuenta todas las irregularidades internas del procedimiento arbitral[76].

La posibilidad de obtener una resolución que niegue la ejecución ante un laudo que claramente era fraudulento solo fue posible por la presencia de un proceso de reconocimiento dentro de la legislación estadounidense. Si el mismo laudo se intentara ejecutar ante jueces ecuatorianos que consideren que no es necesario un proceso de homologación, la contraparte no tendría cómo oponerse o excepcionarse. En ese sentido, el

74. Corte de Distrito Norte de California, División de Oakland, N. 66, p. 42-43.
75. Traducción libre. Corte de Distrito Norte de California, *Order granting Chevron´s motion to dismiss the petition to confirm arbitration award. Waleed Bin Khalid Abu Al-Waleed Al-Qargani et al. c. Chevron Corporation et al*., Caso No. 4:18-cv-03297-JSW. 24/09/2019, p. 5.
76. Ibídem, p. 3-11.

ejecutar el laudo sin un proceso de reconocimiento genera un problema de seguridad jurídica, al no contrarrestar los efectos de la cosa juzgada írrita.

4.2. El amor por el ritualismo

La postura contraria consiste en el amor por el ritualismo de ciertos jueces, que ha llevado a que las cortes ecuatorianas se nieguen a ejecutar laudos expedidos en el extranjero por falta de homologación, requiriendo el cumplimiento de una formalidad cuyo procedimiento no está regulado y, por lo tanto, convirtiendo a los laudos en inejecutables. Este es el caso del juicio de ejecución iniciado por *CW Travel Holdings N.V. c. SEITUR Cía. Ltda.* para ejecutar el Laudo CCI No. 19058/GFG ante un juez de Quito[77]. Dentro del caso, el juzgador decidió rechazar la ejecución directa del laudo por falta de homologación, que debía tramitarse de conformidad con los artículos 102 a 106 del COGEP, pese a que con la Ley de Fomento Productivo se libró a los laudos arbitrales de dicha regulación. Incluso, dentro de su providencia, el juez cita textualmente al texto anterior del COGEP, en lugar de proceder a citar el actual texto reformado. Asimismo, considera que este requerimiento es indispensable para que el laudo pueda cumplir el requisito de ejecutoria que exige el artículo 32 de la LAM. Este criterio fue confirmado por la corte de apelaciones, que rechazó el recurso en septiembre del 2019[78].

Más allá del evidente error cometido por el juzgador de la ejecución en el caso de *CW Travel Holdings N.V. c. SEITUR Cía. Ltda.*, y de la inadecuada fundamentación que presenta para sostener la necesidad de un procedimiento previo de homologación, existe una postura que defiende correctamente

77. Unidad Judicial Civil con sede en la Parroquia Iñaquito, Provincia de Pichincha, Proceso No. 17230-2019-03159, Providencia de archivo de proceso, 06/06/2019.
78. Instituto Ecuatoriano de Arbitraje, *Dos decisiones judiciales dificultan la ejecución de laudos extranjeros en el Ecuador,* <https://bit.ly/34R4q50> (22/11/2019).

la imperatividad del reconocimiento de los laudos extranjeros que pretenden ejecutarse en el Ecuador en el sistema actual.

Esta postura doctrinaria arguye que, en el estado actual del ordenamiento jurídico ecuatoriano, la solución interpretativa para la aparente antinomia que implicó la expedición de la Ley de Fomento Productivo es la misma que se defendía durante la vigencia del CPC. Esta posición se respalda en el argumento de Andrade Ubidia de que no existen motivos para pensar que un laudo pueda tener mejor calidad que una sentencia[79]. Además, es importante recordar que el Código Civil establece que: "[l] o favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación"[80]. Por lo tanto, independientemente de lo poco ágil que la disposición del COGEP convierta a la homologación de los laudos arbitrales extranjeros, es así como está la cuestión actualmente. En consecuencia, un procedimiento de homologación de laudos extranjeros debe realizarse de conformidad con las normas aplicables por analogía, es decir, las establecidas para sentencias (sin distinción entre dictadas en sede arbitral o no) expedidas en el extranjero, contempladas en el artículo 104 del COGEP. Estas reglas implican una revisión de la calidad de cosa juzgada de la decisión, de la constancia de notificación de la parte contra la que se pretende ejecutar y, principalmente, de cuestiones formales. Estas, desde luego, deben ser matizadas en arbitrajes internacionales debido a las complicaciones de un adecuado conocimiento de lo que dichas formalidades externas implican para evitar una ritualización exagerada de la ejecución de las decisiones arbitrales.

De esta manera, el conocimiento del proceso de homologación de laudos extranjeros correspondería a la sala especializada de la Corte Provincial del domicilio de la persona contra la que se pretende ejecutar la decisión[81], y el

79. S. Andrade Ubidia, N. 34, p. 80.
80. Código Civil, N. 54, Artículo 18.
81. Código Orgánico General de Procesos, N. 41, Artículo 102.

procedimiento a seguir sería el contemplado en el artículo 105 del COGEP.

Otra postura señala que, en virtud del principio de legalidad, las salas de la Corte Provincial de Justicia estarían imposibilitadas de conocer estos procedimientos, y que, en realidad, existe una jurisdicción residual para llevarlos a cabo. Según Andrade Ubidia, la jurisdicción para la homologación de laudos arbitrales estaría radicada en los jueces de primer nivel, por ser los llamados a conocer todo procedimiento cuya competencia específica no se encuentre regulada en la norma adjetiva respectiva[82]. Esta respuesta era una consecuencia de que en el CPC la homologación implicaba también una revisión de la adecuación del procedimiento arbitral con el orden público nacional, lo cual convertía al reconocimiento en un proceso de conocimiento[83]. Sin embargo, como en la actualidad el COGEP no prevé la revisión de la conformidad de la decisión con el orden público sino en el caso de decisiones en contra del Estado, en realidad, la homologación ya no tiene más ese carácter. Esto no significa que la homologación sea, por el contrario, catalogable como procedimiento de ejecución, sino que en realidad se trata de un proceso de naturaleza autónoma.

Esta postura constituye óbice para el ejercicio de la tutela efectiva, contraviniendo el derecho constitucional reconocido en el artículo 75 de la Constitución de la República, por cuanto retarda injustificadamente los efectos que un laudo arbitral naturalmente tendría. Esto, sin mencionar que permanecería la contravención a la normativa internacional de la Convención de Nueva York.

Consideramos que las interpretaciones revisadas en las secciones anteriores, es decir, la confianza ciega en el arbitraje y el amor por el ritualismo tienen un asidero legal

82. S. Andrade Ubidia, N. 34, p. 69.
83. Ibídem.

válido. No obstante, la incertidumbre generada al existir dos interpretaciones contrarias con plena aplicabilidad nos invita a analizar una posible solución al respecto, con el fin de garantizar una correcta protección a la seguridad jurídica y tutela efectiva de derechos.

La incertidumbre generada por la ambigüedad actual de las disposiciones del COGEP se hace evidente en los contradictorios pronunciamientos en la ejecución del Laudo CCI No. 19058/GFG mencionado anteriormente. Como se explicó, la Corte Provincial de Pichincha resolvió a favor del requisito de homologación en el proceso 17230-2019-03159. Sin embargo, en el proceso 17230-2018-14203 seguido por *SEITUR Cía. Ltda. c. CW Travel Holdings N.V.*, en el que se intentó declarar como inejecutable el mismo laudo, a inicios del 2020, la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha decidió:

> [d]ebiendo tomar en cuenta que, se eliminó de los Arts. 102 al 106 del Código Orgánico General de Procesos las palabras "laudo arbitral", lo que no constituye requisito de homologación para los laudos arbitrales que se dictan fuera del territorio patrio, *es por eso que cuando se acciona la ejecución del laudo arbitral extranjero que se lo presume valido* [sic.], ahí oportunamente se puede oponer conforme las excepciones regladas, anotadas anteriormente que constan en el Código Orgánico General de Procesos, ante el Juez que conozca la ejecución (énfasis añadido)[84].

5. Propuesta

Tras analizar la problemática, consideramos que el ordenamiento ecuatoriano debería excluir el método de reconocimiento autónomo de laudos extranjeros. Parecería ser más conveniente y apegado a la intención del legislador entender que, quien debe hacer una revisión del cumplimiento

84. Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, Proceso No. 17230-2018-14203, Sentencia de Apelación, 29/01/2020.

de los requisitos establecidos en la Convención de Nueva York, es el juez de ejecución. Como menciona la doctrina,

> [a]l haberse, derogado […] el requisito que el laudo extranjero sea homologado, resulta evidente que al amparo de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 32 de la LAM, se pueda plantear en la fase de ejecución las excepciones que se originen con posterioridad a la expedición del laudo, sin perjuicio de que puedan proponerse las excepciones taxativamente establecidas en el artículo 373 del COGEP[85].

De esta forma, se lograría evitar los problemas analizados dentro de este trabajo sin que por eso se entorpezca o se ponga trabas a la justicia arbitral internacional. Por el contrario, esta se vería fortalecida, pues se estaría garantizando la ejecución de laudos extranjeros, y las cortes únicamente ejecutarían laudos verdaderos.

6. Conclusión

Dentro del presente trabajo se ha realizado un análisis del proceso de ejecución de laudos extranjeros a la luz de la Convención de Nueva York, para luego aterrizar en la problemática actual de la legislación ecuatoriana. De esto se desprenden las siguientes conclusiones:

En primer lugar, se comprobó que la legislación ecuatoriana ha tenido una variante constante respecto al proceso de reconocimiento y ejecución de laudos internacionales, no solo por un cambio normativo, sino también por una cuestión interpretativa. Antes de la promulgación del COGEP en 2015, la tendencia mayoritaria consideraba que la ejecución se daba sin un proceso de reconocimiento previo, siendo la legislación ecuatoriana más favorable al arbitraje que la Convención de Nueva York.

85. A. Ponce Martínez, L. Ponce Palacios, M. I. Zurita Ramírez & M. B. Merchán Mera, No. 38, p. 377.

El COGEP se expidió en contra de la interpretación mayoritaria, y estableció un procedimiento de homologación de laudos que estuvo vigente hasta el año 2018, en que la Ley de Fomento Productivo excluyó a los laudos de dicho procedimiento, dejando que este aplique únicamente para sentencias extranjeras. Sin embargo, esta ley no reformó el artículo correspondiente a títulos de ejecución, dejando que, para que un laudo se entienda como tal, debe estar homologado.

La omisión de reforma del artículo 363 del COGEP generó que se desprendan dos corrientes de aplicación de la reforma que generan un problema de seguridad jurídica dentro del sistema. La primera plantea que la intención del legislador fue retornar al proceso anterior, en el cual no era necesario un reconocimiento para proceder a ejecutar un laudo. En cambio, la segunda postura aboga por la necesidad de un proceso de reconocimiento, sin que pueda ejecutarse un laudo cuando el mismo no ha sido debidamente homologado.

La primera postura genera que, al no necesitar un reconocimiento, documentos que no podrían ser ejecutados como laudos o que adolezcan de cosa juzgada fraudulenta, terminen siendo ejecutados. En cambio, acoger la segunda postura genera que, al no existir un proceso de homologación en Ecuador, ningún laudo internacional se ejecute.

En ese sentido, recomendamos que se acoja la postura que promueve un entendimiento extensivo del proceso de ejecución que genere las suficientes garantías de debido proceso y seguridad jurídica y tutela efectiva para que prospere el arbitraje internacional. Sugerimos que el mismo juez que conoce el proceso de ejecución del laudo pueda analizar las causales de no reconocimiento recogidas en el artículo V de la Convención de Nueva York.

Desarrollos recientes y eventos de actualidad de arbitraje internacional en Asia

*Sophia Castillero Suárez**

Recibido/Received: 31/07/2020
Aceptado/Accepted: 29/09/2020

Sumario: 1. Introducción. **2.** Desarrollos recientes. **2.1.** Hong Kong continúa creciendo como sede principal de arbitraje en la región. **2.2.** Iniciativas conjuntas de China continental y Hong Kong para impulsar el arbitraje. **2.3.** Las jurisdicciones de Asia Central continúan fortaleciendo sus servicios de arbitraje. **2.4.** Otras jurisdicciones. **2.5.** Avances en la igualdad de género en la comunidad arbitral de Asia. **2.6.** Innovaciones tecnológicas de arbitraje en Asia. **3.** Eventos de actualidad. **3.1.** Disturbios en Hong Kong afectan la industria de arbitraje. **3.2.** Efectos del COVID-19 en arbitraje en Asia. **4.** Conclusión.

Resumen: En general hay un crecimiento significativo en la región en términos de las instituciones arbitrales, arbitraje y tecnología, igualdad de género y representatividad en la industria. Sin embargo, la región se enfrenta a algunos desafíos importantes en forma de protestas en Hong Kong (que, si bien es cierto que con la pandemia se han logrado apaciguar, en cualquier momento pudieran resurgir e inclusive escalar), y la

* Abogada panameña especialista en derecho internacional y arbitraje. Licenciada en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad Católica Santa María la Antigua (USMA). LL.M. por la Universidad de George Washington. Candidata del programa de maestría en Derecho Internacional, Mercantil y Arbitraje por la Universidad de Georgetown.

S. Castillero, "Desarrollos recientes y eventos de actualidad de arbitraje internacional en Asia", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 11, 2020, pp. 341-364.

ISSN: 2600-5611 / e-ISSN: 2600-562X
DOI: 10.36649/rea1112

pandemia de COVID-19 que ha tenido el poder de cambiar el curso de las operaciones de arbitraje internacional.

Palabras Clave: arbitraje, Asia, Ley Modelo de la CNUDMI, desarrollos, eventos, avances, Hong Kong, China, Singapur, otras jurisdicciones, igualdad de género, innovaciones tecnológicas, disturbios, audiencias virtuales, pandemia, COVID-19.

Recent developments and relevant current events in international arbitration in Asia

Abstract: Overall, there is significant growth in the region in terms of arbitration institutions, arbitration and technology, gender equality and representation within the industry. However, the region faces some major challenges in the form of protests in Hong Kong (which, while it is true that the pandemic has succeeded in appeasing the protests, at any time protests could resurface and even escalate), and the COVID-19 pandemic.

Keywords: arbitration, Asia, UNCITRAL Model Law, developments, events, advances, Hong Kong, China, Singapore, other jurisdictions, gender equality, innovation and technology, disturbances, virtual hearings, pandemic, COVID-19.

1. Introducción

Asia tiene una gran diversidad histórica, social, cultural y legal. La mayoría de los países del continente tienen leyes de arbitraje de carácter civil, pero también existe una fuerte tradición de derecho común o *common law* en las principales sedes arbitrales de la región como Hong Kong y Singapur.

Malasia y Brunei tienen leyes de arbitraje que son un híbrido tanto de leyes comunes inglesas como de la Sharía o ley islámica. En Filipinas el sistema legal es una combinación del derecho anglo-americano con antecedentes heredados del derecho civil español; y otros países incorporan doctrinas ideológicas socialistas similares a las soviéticas, como Vietnam y Laos[1].

Los tribunales judiciales ejercen una influencia importante en el proceso de arbitraje de Asia, donde las tradiciones comunes civiles y legales determinan estatutos, códigos de leyes y reglas[2].

La promulgación y aplicación de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) parece ser el factor unificador de la mayoría de las leyes de arbitraje en los países asiáticos, la cual se aplica de manera total o parcial dependiendo de cada nación. Además, existe una tendencia emergente en la que las prácticas y técnicas del derecho civil y del derecho común inglés se fusionan con otras leyes modelos, códigos de conductas, o normativas de operatividad, de centros u organismos como la International Bar Association (IBA), creando así un telón de fondo en el que se pueden hacer referencia tanto a leyes anglosajonas de arbitraje como a estatutos del derecho civil para obtener pruebas, garantizar un descubrimiento más eficaz de la información, y mejorar la solución de las principales controversias de arbitraje en la región[3].

El crecimiento económico continuo de muchas naciones asiáticas, junto con el desarrollo de las instituciones regionales

1. C. Ong, *ICLG Asia Pacific: International Arbitration Laws and Regulation 2019*, < https://bit.ly/2DlwJgz > (22/8/2019).
2. A. Reyes & W. Gu, "Towards a Model of Arbitration Reform in the Asia Pacific", *The Developing World of Arbitration: A Comparative Study of Arbitration Reform in the Asia Pacific,* University of Hong Kong Faculty of Law Research, 2018.
3. C. Ong, N. 1.

y locales de arbitraje para la administración de controversias comerciales internacionales, han sido los principales factores para ayudar a promover aún más la popularidad del arbitraje comercial[4]. Este crecimiento se ha visto aún más engrandecido por el hecho de que los extranjeros a menudo prefieren el uso de mecanismos como el arbitraje para resolver sus controversias comerciales. Como tal, los gobiernos de esta región consideran que el fortalecimiento del arbitraje es un incentivo para mejorar su imagen dentro de la región de cara a los comerciantes e inversionistas extranjeros.

Hong Kong y Singapur han sido identificados como las dos sedes arbitrales más avanzadas y establecidas, con marcos de arbitraje que se consideran los más desarrollados fuera de Europa[5]. El Centro Internacional de Arbitraje de Hong Kong o *Hong Kong International Arbitration Center* (HKIAC) es posiblemente el centro de arbitraje internacional más prestigioso y respetado de la región de Asia y el Pacífico, percibido y considerado como el centro de arbitraje más imparcial para partes provenientes de jurisdicciones tanto de derecho común como de derecho civil. Adicionalmente, hay muchos otros desarrollos de instituciones de arbitraje que están emergiendo y consolidándose, como por ejemplo el Centro Internacional de Arbitraje de Singapur o *Singapore International Arbitration Center* (SIAC), o la Junta de Arbitraje Comercial Coreana o *Korean Commercial Arbitration Board* (KCAB).

El propósito de este documento es informar de algunos de los acontecimientos más importantes y recientes relacionados con el arbitraje internacional en la región de Asia y el Pacífico. Por razones de orden y organización, los avances descritos en

4. V. Pradharn, "The Continuing Growth of International Arbitration in Asia", *International Journal of Dispute Resolution, Mediation and Dispute Management,* No. 407, 2013.
5. Escuela de Arbitraje Internacional de la Universidad Queen Mary y White & Case LLP, *International Arbitration Survey 2018: The Evolution of International Arbitration,* <https://bit.ly/33eTRbq> (09/05/2018).

la primera parte (desarrollos recientes) han sido organizados por regiones, mientras que en la segunda parte (eventos de actualidad) han sido organizados por temas. En general hay un crecimiento significativo en la región en términos de las instituciones arbitrales, arbitraje y tecnología, igualdad de género y representatividad en la industria. El objetivo es compartir estos avances e informar sobre las mejores prácticas para otras economías emergentes a nivel mundial como África o América Latina, y tener una visión global del estado de los asuntos arbitrales dentro de la región.

2. Desarrollos recientes

2.1. Hong Kong continúa creciendo como sede principal de arbitraje en la región

A principios de 2019, Hong Kong modificó su ley de arbitraje permitiendo el uso de la figura de financiación por terceros o *third party funding*, con el objeto de crear mayores oportunidades para aquellas partes que no pueden costear un reclamo arbitral o que buscan reducir los riesgos del mismo[6]. A finales de 2018, el Departamento de Justicia de Hong Kong introdujo el Código de Buenas Prácticas de Financiación por Terceros en Arbitraje, con el objetivo de diseminar las prácticas o normas financieras y éticas a las que deben adherirse los terceros que financian a personas o empresas en procesos arbitrales.

El financiamiento por terceros es una industria altamente sofisticada de miles de millones de dólares, y se espera que este cambio en la ley incremente el número de arbitrajes financiados con sede en Hong Kong, manteniendo así su estatus como uno de los principales centros arbitrales del mundo.

6. S. Powell, *Dispute Resolution in Honk Kong,* <https://bit.ly/33eUPo4> (16/07/2019).

Además, en el 2019 el *Centro Internacional de Arbitraje de Hong Kong* (HKIAC) se convirtió en la primera institución de arbitraje extranjera en contar con autorización de parte del Gobierno de Rusia para dirimir controversias arbitrales y comerciales rusas[7]. El HKIAC no solo podrá administrar arbitrajes comerciales internacionales con sede en Rusia, sino que también podrá dirimir otros procesos de controversias empresariales relacionados con negocios e inversiones rusas[8]. Este acuerdo viene a fortalecer las relaciones económicas entre partes de origen ruso y asiático en la región, procurando el incremento de disputas comerciales de esta índole en dicho centro arbitral.

2.2. Iniciativas conjuntas de China continental y Hong Kong para impulsar el arbitraje

Hoy en día, la Iniciativa de la Franja y *Ruta o Belt & Road Initiative* en China es, según algunos[9], el programa de construcción e inversión más grande emprendido en la historia de la humanidad. Dado que sus operaciones se extienden a través de las naciones y continentes, se espera que numerosas disputas surjan a lo largo del camino, y las instituciones arbitrales de la Asia-Pacífico ciertamente están deseando administrar y resolver un gran número de estas disputas.

Por otro lado, en la zona costera meridional de China, en febrero de 2019 se anunció el Plan de Desarrollo de la Zona de la Gran Bahía de Guangdong – Hong Kong – Macao (también conocida como la "Zona de la Gran Bahía"), con el objetivo de convertir la región en una megapolis de la innovación, avances tecnológicos y desarrollo económico. Se espera un aumento

7. Tony Dymond *et al.*, *Arbitration in Asia: Developments in 2019 and their Impact in 2020,* <https://bit.ly/31agcEo> (10/01/2020).
8. Ibídem.
9. M. Yeow & P. Hirst, *International Arbitration Trends: what to expect in 2020,* <https://bit.ly/2XwlQQv> (13/05/2020).

de las necesidades de servicios de solución de controversias procedentes de la región, ya que la Zona de la Gran Bahía prevé el crecimiento de la inversión extranjera, el comercio marítimo, los proyectos de infraestructura y construcción, así como una gran demanda en cuanto al desarrollo de la propiedad intelectual como parte de su estrategia de desarrollo[10].

A finales de 2019, el Gobierno Federal de Macao aprobó la nueva ley de arbitraje, la cual entró en vigencia en mayo de 2020[11] y aplica tanto para los procesos de arbitraje local o doméstico, como internacional. La nueva ley de arbitraje en Macao incorpora medidas provisionales, disposiciones de los árbitros de emergencia y participación de los tribunales en la recopilación de pruebas. La reforma en la ley de arbitraje de Macao tiene el objetivo de promover los servicios de arbitraje de la región, posicionándoles estratégicamente como un destino de arbitraje viable entre países de habla portuguesa y la zona de la Gran Bahía, procurando aumentar el atractivo de Macao en materia de arbitraje[12].

En abril del año pasado, Beijing y Hong Kong anunciaron un acuerdo que permitía que los arbitrajes administrados en Hong Kong se puedan apoyar con medidas provisionales o medidas de protección y cooperación judicial emitidas por los tribunales de China continental. Desde la entrada en vigencia del Acuerdo se han recibido alrededor de diez solicitudes de medidas provisionales de parte del HKIAC, de las cuales cuatro de ellas han sido concedidos por los tribunales de China[13]. Las medidas contempladas en dicho acuerdo se enfocan en: **(i)** la preservación de la propiedad; **(ii)** la preservación de las pruebas y **(iii)** la preservación de la conducta, incluyendo

10. Tony Dymond *et al*., N. 7.
11. Ibídem.
12. Ibídem.
13. Ibídem.

órdenes que obligan o prohíben a una parte a realizar ciertas acciones[14].

Antes del acuerdo sobre medidas provisionales, los tribunales chinos de la zona continental no estaban expresamente autorizados a conceder medidas provisionales en ayuda de arbitrajes cuya sede estuviera ubicada fuera de la zona continental de China[15]. En este sentido, los tribunales de China continental tendían a ser percibidos históricamente como cortes renuentes a conceder ayuda provisional en apoyo de arbitrajes en el extranjero. El nuevo acuerdo sobre medidas provisionales otorga a las partes en los procedimientos de arbitraje de Hong Kong los mismos derechos que a las partes en los procedimientos de arbitraje establecidos en el territorio continental[16]. Esta medida se hizo con miras a aumentar el atractivo de Hong Kong como sede para los arbitrajes internacionales relacionados con China, ya que es la única sede en la que se permite a las partes arbitrar fuera de China continental, al tiempo que se mantiene la opción de buscar ayuda provisional en China continental.

También, a principios del 2019 el Gobierno de Hong Kong y el Tribunal Supremo del Pueblo de la República Popular de China firmaron un acuerdo sobre reconocimiento recíproco y ejecución de sentencias en materia civil y comercial por los tribunales de la región continental y de Hong Kong[17]. El nuevo acuerdo de reconocimiento de sentencias amplía significativamente, más allá de las sentencias monetarias, los tipos de sentencias que los tribunales de cada jurisdicción pueden aplicar de los tribunales de la otra jurisdicción[18]. Las partes que procuren hacer cumplir las sentencias cubiertas por el Acuerdo no tendrán que iniciar nuevos procedimientos

14. Ibídem.
15. Ibídem.
16. Ibídem.
17. Ibídem.
18. Ibídem.

cuando procuren recuperar activos en Hong Kong o en el continente[19]. El Acuerdo de reconocimiento de sentencias pretende cubrir cuestiones de carácter civil y comercial tanto de Hong Kong y China continental, aplicable tanto a monetarias y no monetarias[20]. También establece los motivos jurisdiccionales para el reconocimiento y la ejecución de sentencias, así como las causales para la denegación del reconocimiento y ejecución de las mismas[21].

Junto con el acuerdo sobre medidas provisionales, el acuerdo de reconocimiento de sentencias profundiza los canales de aplicación disponibles en las controversias civiles y comerciales entre China continental y Hong Kong.

Igualmente, a mediados del 2019 el Consejo de Estado de la República Popular de China redactó y publicó el "Plan Marco piloto para la Zona de libre Comercio de la Nueva Área de Lingang de China (en Shanghai)"[22]. En virtud de este hecho, algunas instituciones arbitrales internacionales con antecedentes de buena reputación pueden ahora ser incluidas en el registro de instituciones arbitrales del Departamento de Asuntos Administrativos judiciales del Gobierno Municipal del Pueblo de Shanghai[23]. Una vez registradas, dichas instituciones podrán abrir sus oficinas para la administración de servicios arbitrales relacionados con controversias tanto comerciales como civiles que puedan derivarse de inversiones, comercio internacional, asuntos marítimos y otras áreas[24].

Anteriormente, en la República Popular de China no existían disposiciones del marco jurídico que permitieran explícitamente a las instituciones arbitrales de carácter

19. Ibídem.
20. Ibídem.
21. Ibídem.
22. Ibídem.
23. Ibídem.
24. Ibídem.

internacional administrar las controversias que se hubieran producido en China continental[25]. La promulgación del Plan Marco allanó el camino para que las instituciones de servicios de arbitraje internacionales puedan operar en la zona y administrar arbitrajes relacionados a controversias que surjan de asuntos comerciales y civiles. Además, el decreto del Plan Marco permite la aplicación de normas para aplicar medidas provisionales para preservar los activos y las pruebas en favor tanto de las partes extranjeras como de las partes de República Popular China[26].

Por último, la Corte de Arbitraje Internacional de Shenzhen (SCIA) introdujo recientemente un procedimiento opcional de apelación para el procedimiento de arbitraje. En circunstancias normales de la legislación de China, un laudo de un tribunal es definitivo, vinculante y no está abierto a apelaciones, lo cual a menudo representa la base para la distinción que existe entre procedimientos arbitrales y los de tribunales judiciales nacionales. La SCIA observó que un marco legal de este tipo perjudica a las parte perdedora en un proceso arbitral en ocasiones cuando el resultado del mismo resulte injusto[27].

2.3. Jurisdicciones de Asia Central continúan fortaleciendo sus servicios de arbitraje

Kazajstán internacionalizó su ley de arbitraje 2019 para armonizarla con las convenciones y prácticas internacionales[28]. Las enmiendas más importantes consisten en la reducción de los requisitos para el acuerdo de arbitraje, permitiendo que el derecho extranjero sea elegido para regir la controversia, y permitiendo que el tribunal arbitral utilice el derecho

25. Ibídem.
26. Ibídem.
27. GAR Global Arbitration Review, *Shenzhen centre introduces appellate procedure,* <https://bit.ly/3gkil6R> (03/01/2019).
28. T. Tseung & A. Ernisse, *2019 in Review: Noteworthy Developments in East and Central Asia,* <https://bit.ly/3ffoMGT> (27/01/2020).

extranjero para determinar la ley aplicable[29]. La reforma también reduce los motivos para la anulación de un laudo, y restringe la revocación del consentimiento a arbitrar por parte del Estado[30].

En Kirguistán, el gobierno propuso institucionalizar el arbitraje como mecanismo para mejorar el acceso a la justicia, con miras a desarrollar un sistema de solución de controversias entre empresarios y organismos estatales administrativos en la Corte Internacional de Arbitraje de Kirguistán[31].

En Georgia, la Corte Suprema confirmo la validez de la cláusula arbitral en una caso de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), enviando un claro mensaje en favor del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales[32].

Además, numerosas conferencias y foros celebrados han reconocido la importancia de la mejora del arbitraje en Asia central, como la Conferencia Anual de la Sección de Derecho Internacional de la Asociación Americana de Abogados de 2019, o el Foro Legal de Tashkent. Además, en mayo de 2019 se celebró en Bishkek (Kirguistán) un taller de arbitraje para jóvenes, que dio lugar a reflexiones sobre el estado de derecho y la práctica del arbitraje en el país[33].

2.4. Otras jurisdicciones

Corea del Sur ha surgido como una de las jurisdicciones arbitrales más sofisticadas y de más rápido crecimiento en el mundo. Desde sus humildes comienzos hace cincuenta años, Corea del Sur se ha convertido en una nación emergente en

29. Ibídem.
30. Ibídem.
31. Ibídem.
32. S. Tkemaladze, "*May" Means "Shall" in Georgia – Supreme Court of Georgia Upholds a Permissive ICC Arbitration Clause*, <https://bit.ly/33f4cnG> (18/02/2019).
33. T. Tseung & A. Ernisse, N. 28.

el arbitraje internacional en los últimos diez años, debido al rápido crecimiento y desarrollo económico del país[34]. La KCAB es la institución de arbitraje más destacada del lugar. Fundada hace cincuenta años, la KCAB ha surgido como una institución importante que cuenta con una de las más altas cifras de administración de casos de arbitraje en el mundo[35].

En un esfuerzo por posicionar a Corea del Sur como un centro de arbitraje prominente a nivel mundial, en el 2016 el gobierno sur-coreano promulgó dos importantes iniciativas legislativas bajo los auspicios del Ministerio de Justicia[36]. En primer lugar, tras extensas deliberaciones, se implementaron enmiendas importantes a la ley de arbitraje para hacerla más coherente a los preceptos de la Ley Modelo de la CNUDMI[37]. Adicionalmente, se adoptó una ley especial para la promoción del arbitraje como mecanismo para la solución de controversias en los sectores de la construcción e infraestructura[38].

En Tailandia, la ley de arbitraje del 2002 tiene algunas características de la Ley Modelo de la CNUDMI y aplica a temas de arbitraje doméstico e internacional[39]. Las principales instituciones de arbitraje son el Instituto Tailandés para la Solución de Controversias, la Oficina del Tribunal de Arbitraje de la Junta de Comercio de Tailandia, y el Centro de Arbitraje de Tailandia (THAC)[40]. El gobierno de Tailandia ha demostrado tener interés en empujar el avance del arbitraje y la mediación en el país. Por ejemplo, en el THAC cuenta con nuevas instalaciones de última generación, y está ubicado en todo el corazón del distrito de los negocios[41]. Sin embargo,

34. J. Kim, "Arbitration Reform in Korea: At the Threshold of a New Era", en A. Reyes & W. Gu (Eds.), *The Developing World of Arbitration: A Comparative Study of Arbitration Reform in the Asia Pacific, 2018, p. 109-111.*
35. Ibídem.
36. Ibídem.
37. Ibídem.
38. Ibídem.
39. C. Ong, N. 1.
40. Ibídem.
41. Ibídem.

existen prácticas y leyes restrictivas en vigor que no alientan a las partes no tailandesas a escoger a Tailandia como su sede arbitral[42]. Por ejemplo, la ley impide a los extranjeros fungir como árbitros en asuntos donde la ley aplicable sea tailandesa, o en asuntos que tengan que ver con laudos a ejecutarse en Tailandia[43].

Vietnam aprobó su ley de arbitraje en el 2011, y si bien los redactores de la ley aducen que la misma es inspirada en la Ley Modelo de la CNUDMI, la realidad es que dicha ley contiene algunos cambios que distan mucho de los principios protegidos en la Ley Modelo[44]. Por ejemplo, con relación a las causales de denegación de reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero, la ley sustituye el concepto de políticas públicas por el de principios fundamentales de leyes vietnamitas[45], dando al juzgador mayor discrecionalidad al momento de determinar su decisión sobre denegar el reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros. La Ley de Vietnam también dispone que cualquier controversia de arbitraje sin ningún elemento extranjero involucrado será estrictamente sometida a la legislación vietnamita y que el idioma del procedimiento de arbitraje debe ser el vietnamita[46].

Myanmar aprobó su nueva ley de arbitraje en el 2016, la cual aplica para el arbitraje doméstico e internacional, y para los procedimientos de reconocimiento y ejecución laudos arbitrales[47].

Laos reformó su ley de arbitraje en el 2018, ampliando el marco de los asuntos que pueden ser sometidos a arbitraje dentro de su jurisdicción, y permitiendo que, bajo determinadas

42. Ibídem.
43. Ibídem.
44. Ibídem.
45. Ibídem.
46. Ibídem.
47. Ibídem.

circunstancias, árbitros extranjeros puedan inscribirse en el registro de árbitros del Ministerio de Justicia del país[48].

India a primera vista pareciera tener todas las características de un país posicionado en la esfera del arbitraje comercial en la región: La Ley Modelo de la CNUDMI, la Convención de Nueva York, el idioma oficial es el inglés, y el sistema legal de estilo derecho común o *common law*. Sin embargo, los progresos de la India en materia arbitral son poco notables y poco tangibles. Partes y abogados parecen uniformemente reacios a elegir a la India como sede para el arbitraje comercial internacional, y a pesar de un cambio positivo con la reforma de la ley de arbitraje en el año 2015 para hacerla más cercana a la Ley Modelo de la CNUDMI, la India todavía parece incapaz de poder mejorar su reputación como una jurisdicción "hostil hacia el arbitraje"[49].

Para el arbitraje internacional el mayor desafío en la India ha sido los tribunales, los cuales son percibidos como cortes que tienden a menoscabar los valores de la Ley Modelo, con una inclinación marcada a intervenir demasiado en el proceso arbitral, ya sea anulando o negándose a reconocer o ejecutar los laudos arbitrales por razones que entran a discutir el fondo de la disputa[50]. Para el arbitraje doméstico, los problemas son más profundos. Se estima que la India más del 90% de todos los arbitrajes se administran *ad hoc*, y como resultado de esto, no ha habido una supervisión institucional significativa para promoción efectiva del proceso arbitral[51]. En consecuencia, es difícil para los árbitros locales ganar experiencia en cuanto a la administración efectiva del manejo de casos, así como adaptarse a los nuevos desarrollos y buenas prácticas

48. Ibídem.
49. C. Gardner, "Arbitration in India: The Challenges of the 21st Century", *Arbitration News,* 2011, p. 51-53.
50. H. Naraindas Aragaki, "Arbitration Reform in India: Challenges and Opportunities", en A. Reyes & W. Gu (Eds.), *The Developing World of Arbitration: A Comparative Study of Arbitration Reform in the Asia Pacific,* 2018, p. 221-223.
51. Ibídem.

internacionales, producto de un sistema legal dominado por actores no coordinados[52].

El problema parece aumentar ante la falta de un perfil profesional de abogados de parte y árbitros con enfoque en arbitraje internacional, junto a la mora judicial y un frágil Estado de derecho y castas sociales[53]. También cabe destacar que, en la India, solamente se puede reconocer y ejecutar los laudos que han sido publicados en la Gaceta Oficial del país, limitando de esta manera las oportunidades del país para ser considerado como una sede amigable hacia el arbitraje[54].

Para concluir esta sección, Japón es otra jurisdicción en la cual todavía queda mucho trabajo por hacer en la región. La ley de arbitraje japonesa está basada en la versión anterior de la Ley Modelo de la CNUDMI del 2005, con algunas pequeñas modificaciones para ajustarla al marco legal japonés[55]. La ley aplica para arbitrajes domésticos e internacionales, permitiendo una mayor interferencia por parte de los tribunales judiciales locales en los procesos de arbitraje domésticos o local[56]. La institución de Arbitraje más importante es la Asociación Japonesa de Arbitraje Comercial o *Japanese Commercial Arbitration Association* (JCAA), que existe desde hace más de seis décadas; seguida por la Comisión de Arbitraje Marítimo de Tokio o *Tokio Maritime Arbitration Commission* (TOMAC), que existe desde 1926, cuenta con amplia experiencia en la administración de disputas arbitrales marítimas, y es de carácter permanente[57].

---

52. Ibídem.
53. Ibídem.
54. Ibídem.
55. L. Notage, "Japan's New Arbitration Law: Domestication, Reinforcing, Internationalization", *International Arbitration Law Review*, Vol. 7, 2004, p. 54-55.
56. N. Teramura & L. Nottage, "Arbitration Reform in Japan: Reluctant Legislature and Institutional Challenges", en A. Reyes & W. Gu (Eds.), *The Developing World of Arbitration: A Comparative Study of Arbitration Reform in the Asia Pacific*, 2018, p. 221-223.
57. Ibídem.

Sin embargo y con todo lo anterior, la industria de arbitraje en Japón es limitada si se compara con otros países de Asia-Pacífico. En general no existe una cultura atraída hacia el arbitraje, con poca promoción a nivel local, pocas expectativas de crecimiento y poca necesidad de parte del público[58]. A diferencia de la mayoría de los países de la región, el pueblo japonés profesa una alta confianza y respeto por su sistema de justicia (el cual es gratuito, a diferencia del arbitraje), jueces y magistrados, generando una falta de demanda por servicios arbitrales en el país, y de cultura de arbitraje en general[59].

3. Avances en la igualdad de género en la comunidad arbitral de Asia

Recientemente, muchas instituciones arbitrales en Asia han hecho grandes avances en la promoción de la igualdad de género. En el 2016 tuvo lugar el lanzamiento mundial de La Promesa de Igualdad de Representación en Arbitraje (*The Equal Representation in Arbitration Pledge*)[60] y en virtud de dicho compromiso, algunas instituciones regionales de arbitraje en Asia dieron importantes pasos hacia adelante.

En 2018 el HKIAC lanzó un nuevo grupo que promueve a las mujeres profesionales practicantes de arbitraje en China denominado "Mujeres en Arbitraje", procurando proporcionar una vía en la que las mujeres en el arbitraje puedan discutir problemas, expandir conexiones profesionales, construir relaciones comerciales, y ayudar a desarrollar la próxima generación de mujeres practicantes de la comunidad arbitral[61].

Ese mismo año, el Centro Internacional de Arbitraje de Vietnam (VIAC) anunció su primer tribunal arbitral

58. Ibídem.
59. Ibídem.
60. Equal Representation in Arbitration Pledge (ERA), <https://bit.ly/2XdJWz4> (16/05/2016).
61. L. Roddy, *HKIAC Launches women's group for China*, <https://bit.ly/2PeUzgM> (19/02/2018).

conformado enteramente por mujeres, reflejando los esfuerzos de dicha institución encaminados al empoderamiento femenino[62]. De las cuatro designaciones de árbitro que realizo la VIAC en el 2017, dos de ellas eran mujeres, en contraste con los nombramientos hechos por las partes durante el mismo año, en donde de los 17 nombramientos, solo dos eran mujeres[63].

En contraste y para finalizar esta sección, recientemente en julio de 2020 el HKIAC, en un esfuerzo conjunto con otros representantes de 18 instituciones arbitrales y firmas de abogados a nivel mundial, participó como miembro activo[64] del Grupo de Trabajo Interinstitucional sobre Diversidad de Género en los Nombramientos y Procedimientos Arbitrales organizado por Consejo Internacional de Arbitraje o International Council for Commercial Arbitration (ICCA), en la elaboración y presentación del Primer Informe sobre Diversidad de Género en los Nombramientos y Procedimientos Arbitrales[65]. El propósito del informe es analizar las estadísticas recientes sobre el nombramiento de árbitros, e identificar oportunidades y mejores prácticas para promover la diversidad de género en el arbitraje internacional. Logros como estos demuestran el progreso realizado en la comunidad arbitral en materia de igualdad de género y representatividad. Sin embargo, todavía queda mucho por hacer.

Invitamos a los centros y cortes de arbitraje, partes, y abogados de partes, a valorar que la inclusión de mujeres en tribunales arbitrales aporta nuevos puntos de vista y enriquece el funcionamiento del sistema.

---

62. S. Lim, "Innovating the Future: Recent Changes and Developments in Global and Regional Arbitral Institutions", *The Asia-Pacific Arbitration Review*, No. 30, 2019.
63. Ibídem.
64. HKIAC, *Cross-Institutional Task Force Report on Gender Diversity in Arbitral Appointments and Proceedings,* <https://bit.ly/30hcVnH> (30/07/2020).
65. ICCA, *Report on Cross-Institutional Task Force on Gender Diversity in Arbitral Appointments and Proceedings,* <https://bit.ly/33aV3g5> (30/07/2020).

4. Innovaciones tecnológicas de arbitraje en Asia

En la República Popular de China se registró un alto progreso en relación con la solución de controversias en línea, avanzando hacia la utilización de herramientas de inteligencia artificial para tribunales en línea de arbitraje y mediación para disputas transfronterizas de menor valor[66]. Sobre el particular cabe destacar el lanzamiento de plataformas en línea por instituciones arbitrales como la Comisión de Arbitraje de Guangzhou, los cuales tienen por objeto mejorar la flexibilidad, la eficiencia y la eficacia temporal de los procedimientos arbitrales en respuesta al crecimiento exponencial del comercio electrónico en China continental[67].

Asia reconoce la inmensa contribución de la integración tecnológica en cuestiones de arbitraje, observando la importancia de la interconectividad para el futuro del comercio mundial. En respuesta, la comunidad arbitral del continente ha integrado estratégicamente la tecnología virtual en sus procesos. Por ejemplo, la instalación de un sistema de gestión electrónica para la administración de casos en el VIAC[68].

La videoconferencia es otra innovación tecnológica que la región está emprendiendo para mejorar su proceso de internalización arbitral. Específicamente, la KCAB publicó este año su propuesta de protocolo de videoconferencia[69]. La razón para la adopción de este tipo de tecnología surgió de una tendencia creciente de las videoconferencias como alternativas a los procedimientos físicos de los tribunales que tienden a ser costosos para las partes[70].

---

66. T. Tseung & A. Ernisse, N. 28.
67. Ibídem.
68. S. Lim, N. 62.
69. KCAB Internacional, *Seoul Protocol on Video Conference in International Arbitration is Released,* <https://bit.ly/3fh746a> (18/03/2020).
70. S. Lim, N. 62.

5. Eventos de actualidad

5.1. Disturbios en Hong Kong afectan la industria de arbitraje

Meses de manifestaciones contra la creciente influencia de China continental han empujado a la economía de la ciudad a su primera recesión en una década[71].

Como hemos mencionado, los principales centros de arbitraje internacional de Asia son Hong Kong y Singapur. Según la Universidad Queen Mary de Londres, estos dos lugares se encuentran entre los cinco mejores centros de arbitraje internacional a nivel mundial[72]. Sin embargo, hay preocupaciones con respecto a las tensiones y disturbios que se han venido experimentando en Hong Kong en los últimos meses, amenazado con disminuir los esfuerzos realizados y espacios ganados a nivel mundial por la comunidad arbitral de la isla. Algunas compañías internacionales han manifestado su intención de trasladar sus audiencias de Hong Kong a Singapur debido a preocupaciones de seguridad[73].

Maxwell Chambers, el principal lugar de arbitraje de Singapur, señala que en los últimos meses se han transferido 'algunas audiencias' a Singapur desde Hong Kong debido a las protestas en curso[74].

Las protestas en Hong Kong se limitaron a zonas específicas, paralizando las principales partes de la ciudad. La escalada de estas protestas ha afectado negativamente los principales mecanismos de arbitraje de Hong Kong que

71. A. Aravindan, *Firms move legal battles from protest-hit Hong Kong in fresh setback of business*, <https://reut.rs/2EEr9GR> (04/12/2019).
72. Universidad Queen Mary & White & Case LLP, N. 5.
73. Thai PBS World News, *Kingsgate gold mine arbitration with Thailand to be moved to Singapore*, <https://bit.ly/3fixogf> (16/11/2019).
74. A. Aravindan, N. 71.

operan en el centro de la ciudad, y con ello los niveles de confianza de los empresarios, las instituciones y la economía[75]. La naturaleza impredecible de este tipo de eventos políticos agrava el problema y en la actualidad, no es posible estimar con precisión la magnitud de las pérdidas en su totalidad que han sido causadas por las protestas.

Desde la perspectiva del arbitraje, si esta situación continuara, las protestas de Hong Kong podrían dar lugar a ramificaciones negativas sin precedentes. Singapur podría terminar beneficiándose, quedando estratégicamente posicionada como la sede de arbitraje de preferencia de Asia. El número de casos del HKIAC ha permanecido en los últimos años de manera constante, mientras que el número de casos del Centro Internacional de SIAC se ha cuadruplicado en casi una década[76]. Al momento, HKIAC administra actualmente muchos más casos arbitrales en comparación con SIAC. Sin embargo, esto puede cambiar abruptamente si persisten las protestas en Hong Kong. En la medida que esto continúe, la aguda rivalidad jurisdiccional que existe entre Singapur y Hong Kong aumentará, y lamentablemente, todo parece indicar que el detrimento de una beneficiará el crecimiento de la otra.

5.2. Efectos del COVID-19 en arbitraje en Asia

COVID-19 ha irrumpido definitivamente en la vida cotidiana de la comunidad arbitral. Con el anuncio del 30 de enero de 2020 del Director General de la Organización Mundial de la Salud que declaró la epidemia como una "pandemia", quedó claro que varios sectores económicos se verían afectados negativamente[77]. El turismo y los sectores de

75. M. Yeow & P. Hirst, N. 9.
76. Ibídem.
77. Esta sección representa la visión y perspectiva de las autoras de febrero a julio de 2020. La pandemia del COVID-19 está en constante evolución y sus efectos en los negocios arbitrales (y

viajes han sufrido una baja sin precedentes, tras un importante cierre de las terminales de salida y entrada más populares de Asia (y en general de todo el mundo). No importa donde esté situada la disputa, COVID-19 ha venido a transformar significativamente los temas de procedimientos en materia de arbitraje.

Con relación a los plazos y audiencias programadas para el primer trimestre de la pandemia (es decir, entre febrero y mayo del 2020), las mismas fueron reprogramadas en su mayoría por solicitud de las partes.

Debido a la gravedad del virus, algunas de las principales instituciones internacionales de arbitraje de la región en principio optaron por aplazar cualquier procedimiento en curso o emitieron medidas cautelares a las partes. En cambio, y a pesar de la pandemia, otras como el Centro Internacional de Arbitraje de Singapur (SIAC) continuó ofreciendo sus servicios de gestión ininterrumpida de casos para los procedimientos de arbitraje internacional a través de videoconferencia[78].

Con el paso del tiempo y ante la incertidumbre de no saber cuándo pudiera terminar la crisis de salud que se vive a nivel mundial, muchas instituciones arbitrales de Asia (y en todo el mundo) comenzaron a adoptar un enfoque más proactivo al tratar de evitar retrasar el procedimiento arbitral si las partes deciden acordar el uso de la tecnología moderna para llevar a cabo sus audiencias. Por ejemplo y tal cual hemos mencionado anteriormente, la KCAB publicó el Protocolo de Seúl sobre la Videoconferencia en el Arbitraje Internacional[79]. De la misma manera, el HKIAC públicó su Guía de Lineamientos para Audiencias Virtuales[80], y el SIAC ha venido celebrando a lo largo

la economía global en general) también se encuentran en constante y rápida mutación.

78. G. Born, *Open Letter of the President of the Court of Arbitration at Singapore International Arbitration Centre*, <https://bit.ly/30fOuXx> (28/04/2020).
79. KCAB Internacional, N. 69.
80. HKIAC, *HKIAC Guidelines for Virtual Hearings*, <https://bit.ly/2Xgz7MD> (15/05/2020).

de la pandemia, numerosos seminarios virtuales o webinars sobre distintos temas de actualidad, como audiencias virtuales, rendición de testimonios y contrainterrogatorios virtuales, y otros asuntos de interés[81].

Además, la solicitud por servicios de administración de audiencias virtuales en el HKIAC ha aumentado de manera espectacular, y se estima que el 85% de todas las audiencias de mayo a septiembre de 2020 presentarán la necesidad de servicios de audición en línea[82].

En estas circunstancias inusuales, los avances en la videoconferencia habían sido útiles en este punto. Aunque muchas de estas innovaciones no han sido perfeccionadas y, esta es definitivamente una gran oportunidad para impulsar las fronteras convencionales, y experimentar con la tecnología disponible, en un esfuerzo por continuar con los procedimientos arbitrales a su debido tiempo. La búsqueda de fechas alternativas puede resultar difícil, dados los compromisos preexistentes y la incertidumbre sobre cuándo mejorará la situación. Teniendo en cuenta que los tribunales arbitrales tienen la obligación de resolver las controversias rápidamente[83], la única opción viable al momento es realizar las audiencias a distancia todos los asistentes que participan por videoconferencia.

Mientras no exista una vacuna, cura o tratamiento garantizado para el COVID-19, a medida que los países vuelvan a abrir sus economías, la posible implementación de

81. SIAC, *Notices & Events,* <https://bit.ly/31aqXa1> (31/07/2020).
82. HKIAC, *Virtual Hearings at HKIAC: Services and Success Stories*, <https://bit.ly/3hWwasB> (06/05/2020).
83. Por ejemplo, el artículo 17 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI del 2010 establece: "[c]on sujeción a lo dispuesto en el presente reglamento, el tribunal arbitral podrá dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado, siempre que se trate a las partes con igualdad y que en una etapa apropiada del procedimiento se dé a cada una de las partes una oportunidad razonable de hacer valer sus derechos. En el ejercicio de su discrecionalidad, el tribunal arbitral dirigirá las actuaciones con miras a evitar demoras y gastos innecesarios y a llegar a una solicitud justa y eficaz del litigio entre las partes".

más restricciones de viaje puede que dificulte la posibilidad de los abogados de reunirse con sus clientes, testigos y expertos para preparar las audiencias. Lo mismo podría aplicarse a los árbitros, quienes bajo situaciones normales tienen que desplazarse constantemente al lugar de celebración de las audiencias que presiden.

Por otro lado, con relación a las posibles disputas que puedan surgir por motivo de la pandemia, es importante destacar que aún estamos lejos del final, y es demasiado pronto para determinar sus efectos finales en materia de arbitraje. Sin embargo, ciertas medidas legales están siendo adoptadas, afectando así las relaciones comerciales contractuales y de inversión, por lo que existe una buena posibilidad de que en el futuro haya un crecimiento en la demanda por procesos arbitrales. En ese sentido Asia en estos momentos representa un perfecto caldo de cultivo para ello.

6. Conclusión

En resumen, hemos examinado la situación actual de los negocios arbitrales en Asia. A medida que el continente sigue creciendo exponencialmente, es evidente la necesidad de mecanismos que puedan manejar las controversias de carácter internacional, a menudo transfronterizas, como el arbitraje. Sin embargo, la región se enfrenta a algunos desafíos importantes en forma de protestas en Hong Kong (que, si bien es cierto que con la pandemia se han logrado apaciguar, en cualquier momento pudieran resurgir e inclusive escalar), y la pandemia de COVID-19 que ha tenido el poder de cambiar el curso de las operaciones de arbitraje en Asia.

COVID-19 ha sido un factor decisivo en el aceleramiento del uso de arbitraje en línea y con el paso del tiempo, las partes, los abogados y los tribunales arbitrales están mucho

más abiertos y receptivos a considerarlo. Viajar y otras restricciones impuestas en el diario vivir de la actividad arbitral, han significado que las audiencias virtuales se hayan convertido en la nueva normalidad del arbitraje internacional y doméstico, comercial o de inversión, y Asia no escapa para nada esta realidad.

Si se demuestra que es eficiente y fiable, esto podría representar una revolución futura en términos de cómo se llevarán a cabo las audiencias arbitrales en adelante. Solo el tiempo dirá, y estos son sin duda tiempos inciertos. Será fundamental observar con atención a medida que se produzcan nuevos desarrollos, para poder reaccionar y asimilar adecuadamente de la manera más positiva y proactiva, los desafíos y cambios en la industria que puedan surgir en Asia y el mundo entero.

Notas sobre la cuantificación de los daños y sus intereses en el arbitraje

*Jhoel Chipana Catalán**
*Malgorzata Judkiewicz***

Recibido/Received: 21/07/2020
Aceptado/Accepted: 16/09/2020

Sumario: 1. Introducción. **2.** El camino natural. **3.** Una alternativa eficiente. **4.** Sobre el contenido del laudo. **5.** Sobre la prueba pericial. **6.** Sobre cómo abordar los resultados (disímiles) de la pericia. **7.** Sobre los intereses. **8.** Reflexiones finales.

Resumen: El resarcimiento por daños y perjuicios es, probablemente, la pretensión más solicitada en un arbitraje, pero también la más difícil de plantear. Las partes y los árbitros deben tener claro qué daños se pueden solicitar y en qué pruebas se van a sustentar. En este artículo, desde una perspectiva práctica, apoyada en importante casuística y doctrina, los autores desarrollan algunos temas relacionados con los daños que pueden presentarse a lo largo de un arbitraje y que deben tenerse en cuenta también a la hora de laudar. Importante es notar que, en el arbitraje internacional, donde se encuentran diferentes culturas y tradiciones jurídicas,

---

* Socio de Chipana & Moreno Abogados. Árbitro y fundador de Arbitration 360°. Profesor de Derecho Civil y Arbitraje en la Universidad de san Martín de Porres (USMP). Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho por la Escuela de Posgrado de la USMP. Correo electrónico: j.chipana@pucp.pe

** Asociada en Osterling Abogados. Fundadora de Arbitration 360°. Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (mediante revalidación del diploma otorgado por la Universidad Cardenal Stefan Wyszyński, Varsovia). Magíster en Resolución de Controversias Internacionales por el Instituto Universitario de Altos Estudios Internacionales (IHEID) y la Universidad de Ginebra (MIDS LLM). Correo electrónico: malgorzata.judkiewicz@mids.ch

J. Chipana Catalán & M. Judkiewicz, "Notas sobre la cuantificación de los daños y sus intereses en el arbitraje", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 11, 2020, pp. 365-385.

ISSN: 2600-5611 / e-ISSN: 2600-562X
DOI: 10.36649/rea1113

varía la manera de abarcar cuestiones como el tipo de daños o de intereses, dependiendo de la sede arbitral o del lugar de ejecución del laudo. En ese sentido, este trabajo aborda brevemente los retos que pueden enfrentar las partes y los árbitros, y se exponen posibles soluciones.

Palabras Clave: arbitraje, cuantificación, daños, intereses.

Notes on quantification of damages and interest in arbitration

Abstract: Damages are probably the most often requested relief in arbitration, but also the most difficult to tackle. The parties and the arbitrators need to be clear about what kind of damages can be requested and what evidence will prove them. In this paper, the authors offer a practical perspective based on case law and literature, commenting on various issues related to damages that can arise during arbitral proceedings and should also be considered when issuing an award. In international arbitration, where different cultures and legal traditions are intertwined, there may exist different ways in which issues such as the type of damages or interest are tackled, depending on the arbitral seat or the place of enforcing the award. In that regard, this paper briefly addresses the challenges that the parties and the arbitrators may have to face and possible ways to overcome them.

Keywords: arbitration, quantification, damages, interests.

1. Introducción

Una de las pretensiones más solicitadas en materia de arbitraje recae sobre la figura de los daños. Ello, debido a una serie de factores, entre los que destaca el hecho de que quien

los solicita los necesita para continuar con sus inversiones y negocios, o simplemente pretende recuperar lo perdido.

La cuantificación de daños no siempre es un asunto simple y, en casos más complejos, tanto los abogados de parte como los árbitros (quienes usualmente son también abogados) podrían necesitar la ayuda de expertos con los aspectos económicos, financieros o contables.

Ante esto es aconsejable abordar, desde el principio, la teoría de los daños interrelacionándola con la teoría del caso[1]. Así, en la etapa de planeamiento del caso, se puede analizar qué tipo de daños se van a reclamar y qué tipo de pruebas se deben aportar para probar tales daños.

No obstante, el problema es mucho más complejo que ello, por lo que, a continuación, vamos a esbozar algunas ideas que creemos que se pueden tomar en cuenta para abordar esta materia.

2. El camino natural

Debemos reconocer que el esquema de análisis más usual para abordar este tema podría plantearse en el siguiente orden (esto, únicamente para abordar el tema de los daños):

(i) En primer lugar, las partes preparan su caso, es decir, antes del inicio del arbitraje, se realiza un estudio sobre si existe, o no, un caso de responsabilidad.

(ii) Posteriormente, si la respuesta es positiva, el siguiente paso sería el de analizar la existencia, o no, de medios probatorios que sustenten el daño alegado. Si estamos ante daños patrimoniales y no existe medio probatorio,

1. Traducción libre. A. M. Anderson & M. Vats-Fournier, , "Don't Delay: Addressing Damages Early in International Arbitration", *Yearbook on International Arbitration,* No. 5, 2017, pp. 29-37.

es posible que no tenga sentido continuar por dicho camino, en vista de que la regla general reza que los daños patrimoniales son, de por sí, de probanza directa. Por otro lado, en caso de daños personales (en sus distintas voces, como el daño a la persona, el daño moral, el daño al proyecto de vida, entre otros), habrá que verificar qué tipo de daño es, en vista de que, por ejemplo, en los casos de daño moral algunos tribunales han acogido la teoría de la presunción, por lo que no exigen medio probatorio alguno para sustentar esa pretensión; pero en otros casos, como el daño a la persona, se exige la probanza a través de documentos médicos, por ejemplo.

(iii) En tercer lugar, y luego de la probanza, corresponde cuantificar el daño. A primera vista podría parecer que, en el caso del daño patrimonial, la cuantificación no será difícil (aunque reconocemos que, en ocasiones, podría serlo con el lucro cesante). En el supuesto de la responsabilidad no patrimonial surgen otros problemas, ya que la propia naturaleza del daño hace que estimarlo en términos pecuniarios resulte un acto complejo y sobre el que existen muchas posiciones.

(iv) Finalmente, y luego de este análisis, corresponderá que, una vez iniciado el arbitraje, el tribunal arbitral se pronuncie sobre la base de los petitorios, argumentos y pruebas que ofrezcan las partes. Es claro que existe la posibilidad, en este punto, que las partes y los árbitros decidan si se van a necesitar peritos y, en caso de que sí, de qué especialidad[2]. Ello, al margen de que en la etapa postulatoria cada parte haya ofrecido una pericia. En el arbitraje la costumbre es presentar un informe pericial adjuntándolo a la demanda (o contestación) como medio probatorio.

2. International Institute For Conflict Prevention & Resolution, *CPR Protocol on Determination of Damages in Arbitration*, <https://bit.ly/2TQjg5n> (01/11/2019).

El esquema citado resulta ser el más común. Sin embargo, y por un tema de estrategia procesal, el análisis se podría plantear de distinta forma y los temas a considerar podrían ser variados como a continuación lo expondremos.

3. Una alternativa eficiente

Sin perjuicio del camino natural que hemos mencionado, se puede establecer, con acuerdo de las partes, que el procedimiento de fondo en torno a los daños se pueda bifurcar:

(i) En relación a la determinación de responsabilidad; y,

(ii) En torno a la cuantificación del daño[3].

Ante este proceder, en primer orden se tendría que emitir un laudo parcial en torno a la determinación de responsabilidad. De esta forma, si el laudo parcial declara fundada la pretensión sobre la existencia de responsabilidad, se podría motivar a las partes a llegar a un acuerdo[4] o continuar con las actuaciones arbitrales a efectos de entrar a analizar el tema de la cuantificación del daño. Queda claro que, si el laudo parcial declara infundada la demanda, no tendrá sentido entrar al análisis del punto **(ii)**.

Por otro lado, si en el laudo parcial se niega o se limita la responsabilidad del demandado, las partes pueden ahorrar o limitar los gastos relacionados con la preparación de sus argumentos sobre el *quantum* (piénsese, por ejemplo, en el ahorro para las partes de los honorarios por las pericias que tendrían que mandar a elaborar).

Lo señalado, como se aprecia, tiene una doble ventaja: es eficiente en términos de horas/hombre y permite un

3. L. Greenwood, "Does Bifurcation Really Promote Efficiency?", *Journal of International Arbitration*, No. 28(2), 2011, pp. 105-111.
4. M. N. Kinnear, A. K. Bjorklund & J.F.G Hannaford, *Investment Disputes Under NAFTA: An Annotated Guide to NAFTA Chapter 11*, Kluwer Law International, 2006, pp. 1135–1139.

ahorro (por lo menos al inicio del proceso) de algunos gastos relacionados a la defensa del *quantum* del daño.

4. Sobre el contenido del laudo

Por otro lado, la problemática de la cuantificación del daño no se agota en la etapa postulatoria, ya que luego, cuando debe ser emitido el laudo que contiene la orden del pago de un resarcimiento, los árbitros deben cautelar y cuidar que el mismo sea válido (es decir, velar porque no sea objeto de algún recurso de anulación que pueda ser declarado fundado) y que se pueda ejecutar.

Para cumplir con el objetivo de la emisión de un laudo "blindado", los árbitros deben poner énfasis en algunos puntos, entre los que destacan:

(i) No ordenar más de lo pedido (o menos de lo pedido, si se llega a probar la cuantía reclamada)[5].

(ii) No ordenar un tipo de daños no reconocido en el lugar del arbitraje o en el país de ejecución, como puede ser el caso de los famosos *punitive damages*, que en los sistemas del *civil law* se pueden considerar contrarios al orden público. En concordancia con lo indicado, se debe tener mucho cuidado, pues los daños que se otorgan tienen que encontrarse en línea de lo permitido por la ley aplicable al fondo de la disputa, de lo acordado y/o pedido por las partes, de la ley del lugar de arbitraje y del lugar de ejecución del laudo. En este punto, resulta valioso analizar bien la ley aplicable al fondo, la misma que usualmente está determinada por las partes en el contrato, pues ella

5. "El deber de arbitrar se limita a las controversias que estén amparadas por el acuerdo arbitral. En caso que una controversia no esté dentro del ámbito de aplicación del acuerdo arbitral, las partes no tienen la obligación de someterla a arbitraje ni el tribunal arbitral tendrá competencia para conocer de ello. En caso de hacerlo está en presencia de lo que se conoce en el argot arbitral como un laudo *extra petita* o *ultra petita*". En F. González de Cossío, Arbitraje. 5a. Ed., Editorial Porrúa, 2018, p. 989.

establece qué daños se pueden pedir e, incluso, si se pueden reducir (por ejemplo, por la falta de mitigación por quien los ha sufrido).

(iii) En cuanto a los intereses, los árbitros deberían analizar qué intereses se pueden otorgar en el lugar de arbitraje o en el país de ejecución del laudo. Por ejemplo, si el laudo va a ejecutarse en un país que se rige por la ley de sharía, se debe tener en cuenta que allí no se admiten los intereses[6], por lo que estos no pueden ser parte del laudo. Ante esto, la solución que se ha esbozado pasa por emitir un laudo parcial sobre los intereses, sin llamarlos así, o añadir los intereses al monto principal del daño sin mencionar que se trata de intereses[7]. En esta línea, es importante considerar siempre el tipo de intereses que se pueden pedir y los que se pueden otorgar, así como qué tasa le será aplicable, o si son montos simples o compuestos[8], entre otros.

(iv) Para que el laudo no cree problemas a la hora de su ejecución, los árbitros deben especificar en detalle el monto a cobrar e, incluso, es recomendable que se señale cómo calcular los intereses.

Ahora bien, en relación a lo acordado por las partes, el tribunal arbitral debe tener en cuenta, al momento de ordenar el pago del resarcimiento por daños, no solo las pretensiones sometidas a su consideración, sino también qué es lo que acordaron las partes en su relación contractual. Ello, debido a que existe la posibilidad de que, si bien no haya limitación legal alguna, sí se presente una limitación convencional

6. P. Turner, *Finding your path: Arbitration, Sharia, and the Modern Middle East*, <https://bit.ly/3eryQy2> (03/11/2019).
7. Reconocemos que esta última opción puede ser cuestionable.
8. La diferencia entre interés simple e interés compuesto radica en que el primero es constante a lo largo de todo un periodo, es decir, el capital que lo genera no se ve modificado, razón por la cual el monto del interés sigue siendo el mismo. Sin embargo, en el caso de los intereses compuestos, se tiene que estos varían debido a que el interés ganado en un periodo se suma al capital y ese nuevo capital es el que genera un nuevo interés para un nuevo periodo cuyo monto es, naturalmente, superior al del periodo anterior.

como las denominadas cláusulas de limitación convencional de responsabilidad o, incluso, la existencia de supuestos de exclusión de cierto tipo de daños (el típico supuesto es el referido a la existencia de una cláusula penal por la que las partes han excluido los daños). Asimismo, es posible que las partes también hayan excluido los intereses o hayan establecido una tasa diferente a la fijada por ley (esto, cuando dicha ley lo permita).

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que ciertas estipulaciones del derecho aplicable al fondo (o lo que establecieron las partes en su contrato) pueden ir en contra del orden público en el lugar del arbitraje o en el lugar de ejecución del laudo. Por ejemplo, en la Unión Europea, el punto 32 del Preámbulo del Reglamento relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II) prevé expresamente que:

> [e]n particular, la aplicación de una disposición de la ley designada por el presente Reglamento que condujera a la asignación de daños e intereses ejemplares o punitivos de naturaleza excesiva, puede, según las circunstancias del caso y el ordenamiento jurídico del Estado miembro del órgano jurisdiccional competente, considerarse contraria al orden público del foro[9].

En Francia, Alemania, Italia o Polonia, las cortes no han reconocido sentencias judiciales estadounidenses en cuanto a este tipo de daños, por lo que es de suponer que lo mismo podría pasar con los laudos[10].

---

9. Reglamento (CE) No. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), <https://bit.ly/3oW-sU4X> (06/11/2019).
10. B. Ziemblicki, "Klauzula porzdąku publicznego ze szczególnym uwzględnieniem instytucji punitive damages" (La cláusula del orden público con el especial énfasis en la figura de punitive damages), en A. Bator, J. Helios & W. Jedlecka (Eds.), Rządy prawa i europejska kultura prawna (Estado de derecho y la cultura jurídica europea), Uniwersytet Wroclawski (Universidad de Wroclaw), 2014.

Mención aparte merece el tema de los daños morales, pues hoy en día no existe una fórmula única para poder determinarlos, más aún si se tiene en cuenta la naturaleza de los mismos que hace que la cuantificación sea un serio problema que afrontar, no solo por las partes, sino también por los árbitros.

En el derecho internacional existe el principio general que el Estado responsable por un hecho internacionalmente ilícito está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado, el mismo que comprende todo daño, tanto material, como moral, causado por dicho hecho[11]. Se califica como hecho internacionalmente ilícito todo comportamiento consistente en una acción u omisión que **(i)** tiene que ser atribuible al Estado según el derecho internacional, y que **(ii)** tiene que constituir una violación de una obligación internacional del Estado[12]. Tales obligaciones se encuentran, por ejemplo, en tratados bilaterales de inversión (TBIs).

En la práctica del arbitraje de inversiones basados en tratados existen diversos casos[13] relacionados con los daños morales que pueden servir de ejemplo:

(i) En el caso Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) *Desert Line c. Yemen*, el demandante basó su reclamo por indemnización por el daño moral en el derecho internacional, alegando que sus ejecutivos habían sufrido el estrés y la ansiedad por haber sido acosados, amenazados y detenidos por el demandado y por unas tribus armadas; además, sostuvo que las acciones del Estado le supusieron un daño

11. Artículo 31 "Reparación" de los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 2001, Vol. 2, Segunda parte, Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su quincuagésimo tercer periodo de sesiones, A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Parte 2).
12. Ibídem, Artículo 2.
13. J. Wong, *Haciendo un embrollo de daños morales*,<https://bit.ly/329X7n3> (02/11/2019).

reputacional significativo. El demandado consideró que la cuantificación de este daño realizada por el demandante era especulativa y basada en alegaciones sin fundamento, que no se había probado ningún daño reputacional y que los hechos mencionados no eran atribuibles al Estado. Como se fijó el Tribunal Arbitral, el demandado no cuestionó la posibilidad de otorgar indemnización por daños morales en el arbitraje CIADI. Los árbitros confirmaron esta posibilidad, inclusive en relación con el daño de una persona jurídica, aunque esta última bajo circunstancias específicas. Dado que, según el Tribunal Arbitral, el gobierno yemení obligó al inversionista extranjero a suscribir un acuerdo desfavorable y sus empleados fueron físicamente amenazados, arrestados y detenidos en el proceso, los daños en ese caso eran procedentes. Su cuantía, no obstante, fue mucho menor de lo reclamado con el Tribunal Arbitral basándose en "la información disponible y los principios generales"[14], sin dar muchos detalles de cómo se habían calculado.

(ii) En el caso CIADI entre *Lemire c. Ucrania*, se señaló que los daños morales son procedentes solo bajo circunstancias excepcionales, cuando **(i)** las acciones del Estado anfitrión involucran una afectación física, una detención ilegal u otra situación similar en la que los malos tratos contravienen las normas de actuación de las naciones civilizadas, **(ii)** las acciones del Estado producen un sufrimiento mental o una pérdida de reputación, y **(iii)** tanto la causa como el efecto son graves[15]. En ese caso el Tribunal Arbitral concluyó que los aspectos morales de los daños del señor Lemire fueron reparados por la indemnización otorgada, mientras que no se cumplieron

14. *Desert Line Projects LLC c. la República de Yemen*, Caso CIADI No. ARB/05/17, 06/02/2008, párr. 290.
15. *Joseph Charles Lemire c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/06/18, 28/03/2011, párr. 333.

los requisitos excepcionales para otorgarle una indemnización por daños morales[16].

Los casos descritos sirven de referencia en otros arbitrajes. Para mencionar algunos, tanto en *Tza Yap Shum c. Perú,* como en *OI European Group B.V. c. Venezuela*, los árbitros confirmaron la facultad de otorgar indemnización por daño moral, siempre que medien situaciones excepcionales[17]. En ambos casos los daños morales fueron denegados justamente por la inexistencia de estas circunstancias excepcionales.

Por otra parte, también se ha analizado que en el arbitraje internacional se presentan reclamos relativos a una empresa o proyecto donde existe poco o ningún registro de ganancias pasadas, debido a que recién se iniciaron actividades, razón por la cual no se tiene claro a cuánto ascienden los daños. El principio fundamental que rige la recuperación de la pérdida de beneficios es si se pueden establecer con una certeza razonable. Como alternativa, en lugar de rechazar la pretensión, los tribunales a veces otorgan al demandante el monto de su inversión o sus costos "hundidos" o "desperdiciados". Empero, en el caso de las empresas nuevas, en ausencia de un historial operativo claramente establecido, ¿qué otra evidencia confiable podría revisar un experto? ¿Cómo puede el experto ayudar al tribunal a garantizar que un empresario no sea tratado injustamente? Aquí algunas ideas[18]:

(i) Evaluar si el demandante tiene experiencia con proyectos similares. Por ejemplo, si como resultado de una expropiación se paraliza el desarrollo planificado, la falta de un registro comercial para ese proyecto en particular podría ser menos crítica si el inversor puede

16. Ibídem, párr. 344.
17. *Tza Yap Shum c. Perú*, Caso CIADI No. ARB/07/6, 07/07/2011, párr. 281. El Tribunal Arbitral hace referencia al caso *Lemire; OI European Group B.V. c. Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/11/25, 10/03/2015, párr. 906-910, en los que los árbitros se refieren a los casos *Desert Line y Lemire.*
18. A. Charlton, *On quantifying known unknowns*, <https://bit.ly/2TN6STT> (04/11/2019).

señalar el éxito pasado de otros proyectos similares. En el laudo del caso *Vivendi c. Argentina*, el Tribunal observó que un "historial comprobado de rentabilidad de las concesiones que él (u otros) había operado en circunstancias similares" podría constituir una prueba suficiente para que un demandante pueda demostrar la probabilidad de rentabilidad de una nueva inversión.

(ii) Analizar si el demandante tiene un historial de producción de pronósticos precisos. Cuando el inversionista busca confiar en sus propios planes de negocios, previsiones, presupuestos, entre otros, como guía de lo que habría sucedido, y ante un caso de incumplimiento, esta evidencia puede ser más persuasiva si las proyecciones financieras previas para otros proyectos pueden mostrarse retrospectivamente.

(iii) Considerar quién más ha confiado en los planes de negocios, proyecciones, entre otros del demandante. Ello, debido a que, en ausencia de un historial comercial real, se puede obtener cierta seguridad sobre la razonabilidad de los planes de negocios, presupuestos, pronósticos, entre otros, del demandante, al determinar si otros se han basado en ellos.

5. Sobre la prueba pericial

Dependiendo del tipo del daño solicitado, en el arbitraje han tomado especial importancia las pericias que cuantifican, por ejemplo, lucros cesantes. Ello, en vista de que para acreditar otros tipos de daños (como el daño emergente) no existe mayor controversia en torno a los medios probatorios que se tienen que actuar, razón por la cual en los últimos años ha cobrado especial relevancia el estudio de la prueba pericial debido a los distintos problemas que su actuación trae consigo.

Así, en el caso de las pruebas periciales, hay un abanico de posibilidades. Puede haber expertos designados por las partes, un perito designado conjuntamente por ambas partes o un perito designado por el tribunal (como perito único, o como perito adicional distinto a los peritos de las partes), pero es claro que cada una de estas alternativas tiene sus pros y sus contras. Por ejemplo:

(i) En caso de peritos designados por las partes, se puede intentar cuestionar su independencia, ya que económicamente dependen de esas partes; o, incluso, su imparcialidad, ya que preparan su informe según la necesidad del cliente. En general, la posición de los peritos designados por las partes se sitúa entre la posición de los testigos y la de los abogados de parte[19]. Además, puede ser problemática la falta de coordinación entre estos expertos, sobre todo si presentan sus informes de forma simultánea o no hay correspondencia entre ellos, o si es que cada experto tuvo en cuenta diferentes hechos o escenarios[20].

(ii) En caso de un experto designado por ambas partes, se tiene que esta alternativa es de difícil ocurrencia, pues no es muy usual que las partes en disputa lleguen a un acuerdo en cuanto a elegir conjuntamente a un experto.

Si el perito es designado por el tribunal de forma adicional a los peritos que ya han sido designados por las partes, se tiene la desventaja de que ese nombramiento va a aumentar los costos y el tiempo que va a durar el arbitraje. Lo mismo ocurre en caso de aplicar el llamado protocolo de Sachs (*Sachs Protocol*) donde el tribunal tiene un *expert team* como su consejero pericial[21].

---

19. M. E. Schneider, "Technical experts in international arbitration, introductory comments to the materials from arbitration practice", *ASA Bulletin*, No. 11(3), 1993, p. 447.
20. K. Sachs & N. Schmidt-Ahrendts, "Protocol on Expert Teaming: A New Approach to Expert Evidence", *ICCA Congress Series 15, Arbitration Advocacy in Changing Times*, Wolters Kluwer, 2011, pp. 135-148.
21. Es un método propuesto por Klaus Sachs que consiste en que cada parte presenta una lista de peritos preseleccionados y el tribunal arbitral nombra a un experto de cada lista, siempre que no

(iii) Si el tribunal arbitral nombra a un perito de oficio, sin que ninguna de las partes lo haya elegido, se podría cuestionar ese activismo del colegiado que va a resolver el caso, pues es posible argumentar que ese actuar está direccionado a la creación de un medio probatorio que ninguna parte ha presentado al caso. Por ello, según las Reglas de la IBA sobre Práctica de Pruebas en el Arbitraje Comercial Internacional, el tribunal arbitral debería designar a uno o más peritos después de consultar a las partes[22].

Sin perjuicio de los aspectos positivos o negativos de cada una de estas alternativas, resulta claro que, en la mayoría de los casos, los involucrados en el proceso van a tener que elegir una de estas opciones, pues es difícil imaginar la valoración de daños en disputas complicadas sin la intervención de peritos.

6. Sobre cómo abordar los resultados (disímiles) de la pericia

Debemos partir de una premisa: las pericias, usualmente, van a ofrecer cálculos y resultados diferentes. Ante este hecho, el tribunal arbitral tiene varias opciones que pasamos a comentar:

(i) Puede solicitar una nueva pericia a cada parte (es decir, cada parte presentaría dos pericias: la que presentaron al inicio y la ordenada por el tribunal), pidiendo a los peritos que partan de los mismos supuestos. Por ejemplo, en el análisis de un lucro cesante, el perito del demandante, en base a los supuestos "A", "B" y "C" (que podrían ser, por

haya conflicto entre el perito preseleccionado y la otra parte. Así, se forma un *expert team* que funciona como un consejero pericial del tribunal. El equipo de expertos junto con los árbitros y las partes se reúnen para la elaboración del protocolo que equivale al acta de misión del *expert team*. Su rol es preparar un informe preliminar para los comentarios de las partes y luego un informe final. En la audiencia el *expert team* responde las preguntas de las partes, los expertos de partes y el tribunal. Ver: K. Sachs & N. Schmidt-Ahrendts, N. 20.

22. Reglas de la IBA sobre Práctica de Pruebas en el Arbitraje Comercial Internacional, Artículo 6(1), 29/05/2010.

ejemplo, las variantes más auspiciosas del desarrollo del negocio), calculó que el valor de los daños debería ser por lo menos de 100; mientras que el perito del demandado, basándose en los supuestos "X", "Y" y "Z" (que podrían ser, a su turno, las variantes más pesimistas para el desarrollo del mismo negocio), valoró los daños en máximo 50. Ante estos supuestos y montos disímiles, el colegiado arbitral puede instruir a los peritos para calcular daños teniendo como base los supuestos "A", "B" y "Z", ya que estos le resultaron más convincentes. También podría ocurrir que el tribunal parta de algunos de los supuestos ya indicados por las partes escogiendo, por ejemplo, "C" (del demandante), y "X" e "Y" (del demandado).

Sin embargo, la pregunta que surge de manera inmediata y natural por una de las partes en el caso anterior es hasta qué punto el tribunal puede influir en la labor de los peritos. Ello, considerando que el tribunal arbitral tiene que resolver un conflicto que es de las propias partes y no del tribunal, y, además, se debe considerar el hecho que ese proceder puede verse como una actuación que rompe con los principios de independencia e imparcialidad con los que todo tribunal debe actuar, debido a que escoge las variables más favorables a la posición de una de las partes.

(ii) Otra solución es que el tribunal arbitral solicite a ambos peritos que preparen un informe de manera conjunta. En este supuesto, el alcance de la pericia también dependería de las indicaciones que debería dar el tribunal.

(iii) También se puede considerar la idea de realizar una audiencia, donde se realicen preguntas y los expertos se turnen respondiéndolas.

(iv) Otra alternativa, que desde nuestro punto de vista debería ser la regla, es que los peritos responden las mismas preguntas del tribunal y de las partes, con la posibilidad de confrontarse entre ellos (*hot-tubbing*, en inglés). Ese

método es una manera muy eficiente de llegar a la verdad si los árbitros lo gestionan de manera adecuada, debido a que en el debate se podría entender de mejor manera por qué es que una pericia difiere de la otra y, además, podría haber respuesta inmediata a las interrogantes que realicen no solo las partes, sino también los árbitros.

Sin perjuicio de estas alternativas (que se presentan en la práctica), es claro que siempre existe la posibilidad de que los árbitros se sientan suficientemente capaces para formar su propio juicio y calcular los daños en base a las opiniones de los peritos de parte. Al final, uno elige a su árbitro por las competencias y especialidades que posee, de ahí que se deba tener mucho cuidado con su elección, pues si la controversia pondrá fin a alguna pretensión relacionada con el otorgamiento de un resarcimiento por daños, lo mínimo que una parte deberá realizar es elegir a un árbitro con experiencia en materia de cuantificación.

Con todo, es claro que la solución va a depender de cada caso concreto y por eso es que no existe una regla general que ponga fin a este tipo de controversias. Sin embargo, podríamos intentar una lista de aspectos determinantes en la discusión de esta materia:

(i) El nivel de especialización de los árbitros en este tema;

(ii) El nivel de experiencia y credibilidad de los peritos que elaboran los informes;

(iii) El nivel de concordancia que existe entre las pericias y otras pruebas;

(iv) El respeto y la observancia de los códigos de ética o de buenas prácticas que obligan a los peritos que son miembros de ciertas asociaciones profesionales;

(v) El comportamiento de las partes a lo largo del proceso en torno a cómo confrontan las pericias de su contraparte;

(vi) Es importante que el experto sepa de qué habla y tenga claro cómo explicar sus cálculos y la data en la que se ha basado; y,

(vii) Es fundamental que el perito no adopte la posición de abogado de parte y se le vea más objetivo y veraz.

Como se aprecia, el análisis de los cálculos disímiles es una tarea compleja, que está influenciada por una serie de factores.

7. Sobre los intereses

En los arbitrajes comerciales los reclamos sobre el pago de intereses son una cuestión de mucha importancia.

Como se sabe, el rol de los intereses es múltiple, pero se podría considerar que tiene dos finalidades prioritarias: **(i)** compensa a la parte a la que se le reconoce el pago del resarcimiento por el daño sufrido y la demora en recibir lo que le debía la otra parte; y, **(ii)** evita que la parte que pierde la disputa se enriquezca de forma indebida por el uso del dinero que ha tenido durante todo el tiempo transcurrido hasta antes de la ejecución del laudo.

Debe indicarse que, en ocasiones, los intereses suponen un desafío para el tribunal arbitral. En ese entender, es recomendable analizar este tema desde el inicio del proceso para saber las posturas de las partes. Para ello, los árbitros pueden invitarlas a desarrollar este asunto en sus escritos o en una audiencia especial.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que en algunos países los intereses se rigen por el derecho aplicable al fondo, mientras que en otros casos son una cuestión del procedimiento (forma). En cualquier caso, los árbitros deberían tener en cuenta los mismos puntos de referencia que se aplican a los daños: la ley aplicable al fondo de la disputa, la ley del lugar

de arbitraje y de la ejecución del laudo, lo acordado entre las partes en el respectivo contrato y lo que han pedido las partes en el proceso arbitral.

Sin perjuicio de ello, debe tenerse en cuenta que existen distintas posibilidades en torno al tratamiento de los intereses, pues puede que estemos ante alguna de las siguientes posibilidades:

(i) Que el contrato establezca una tasa de interés que pueda aplicarse a determinado monto (por ejemplo, a los daños liquidados);

(ii) Que en el contrato existan cláusulas que prohíban el pago de intereses; o,

(iii) Que el contrato no diga nada sobre el pago de intereses.

Tema aparte es el relativo al tipo y la tasa de los intereses. Como se sabe, existen intereses simples y compuestos. Los últimos se pueden otorgar si no están prohibidos en el acuerdo de las partes, en la ley aplicable al fondo o en la *lex arbitri*. Cabe anotar que los intereses compuestos son cada vez más otorgados en arbitrajes internacionales. En caso de los arbitrajes de inversión, los intereses compuestos son aceptados de manera general para todo tipo de daños reclamados[23].

De otro lado, la tasa de interés también debe ser considerada por el tribunal arbitral, pues puede que este tema haya sido acordado en el contrato suscrito por las partes o, en su defecto, se tenga que aplicar lo establecido en la ley. En defecto de ambos casos, será el tribunal arbitral quien tenga que establecer la tasa y para ello, en algunos casos, ha ocurrido que el colegiado se ha guiado por las tasas de intereses aplicables a los préstamos en el país donde se realizará el pago.

23. *Bear Creek Mining Corporation c. Perú,* Caso CIADI No. ARB/14/21, 30/11/2017, párr. 715. El Tribunal Arbitral enumera casi 20 casos de arbitraje de inversiones para respaldar su opinión en cuanto a los intereses compuestos.

Es importante mencionar que otro aspecto a analizar es el tratamiento de los intereses en la etapa correspondiente a antes de la emisión del laudo (pre-laudo), es decir, aquellos liquidados desde la fecha de ocurrencia del daño hasta la emisión del laudo; y los intereses post-laudo, o sea, los que se aplican sobre los daños más los intereses pre-laudo y los costos de arbitraje desde la fecha de la emisión del laudo hasta el momento de pago.[24] Ante esta realidad, en la práctica se tiene que existe un "periodo de gracia"[25] después de la emisión del laudo, por ejemplo, de dos a cuatro semanas, para que se pueda conseguir el dinero necesario y pagar lo que el laudo ordenó. En línea de esta práctica, se puede estipular que los intereses se aplicarán al periodo de gracia en caso de que no haya pago antes de que este termine. Finalmente, es claro que las tasas de intereses pre-laudo y post-laudo pueden ser diferentes y ello dependerá, fundamentalmente, del acuerdo de las partes.

Sobre lo último, distintas han sido las posiciones en torno a cómo debe abordarse este tema. Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo de la India[26], en el caso *Vedanta Limited c. Shenzen Shandong Nuclear Power Construction Company Ltd*., analizó el laudo arbitral que incluyó una tasa de interés dual: el 9% sobre el monto del laudo siempre y cuando el pago se realice entre el momento que media entre la emisión del laudo y 120 días posteriores; y, una tasa del 15% si lo ordenado en el laudo se ejecuta pasados los 120 días. El Tribunal Supremo rechazó la segunda tasa, fijando la tasa de todos los intereses post-laudo en el 9%, e indicó que los tribunales arbitrales deberían hacer uso de su facultad discrecional sobre los intereses de manera razonable. A propósito de ese análisis, dicho Tribunal Supremo

24. Ver, por ejemplo: J. Dow, "Interest", en J. A. Trenor (Ed.), *The Guide to Damages in International Arbitration*, Law Business Research Ltd., 2016.
25. Chartered Institute of Arbitrators, *International Arbitration Practice Guide. Drafting Arbitral Awards. Part II – Interest*, <https://bit.ly/3oWXcEo> (05/11/2019).
26. S. Kaler & K. Gandhi, *India: Supreme Court guidance on interest in international commercial arbitrations*, <https://bit.ly/383rXBM> (09/11/2019).

estableció algunos factores que deben tenerse en cuenta al momento de otorgar intereses en los arbitrajes comerciales internacionales:

(i) La "pérdida de uso" de la suma principal;

(ii) Los tipos de sumas a las que debe aplicarse el interés;

(iii) El lapso durante el cual se deben otorgar intereses;

(iv) Las tasas de interés prevalecientes internacionalmente;

(v) Si se aplicará una tasa de interés simple o compuesta;

(vi) Si la tasa de interés otorgada es comercialmente prudente desde un punto de vista económico;

(vii) Las tasas de inflación; y,

(viii) Proporcionalidad del recuento adjudicado como intereses a las sumas principales adjudicadas;

Además, el Tribunal Supremo señaló que la tasa de interés sí debe ser compensatoria, ya que es una forma de reparación otorgada al titular del laudo, pero no debe ser de naturaleza punitiva, irresponsable o usurera. Estas consideraciones del Tribunal Supremo de la India son una perfecta guía para todos los árbitros que enfrenten la cuestión de los intereses.

8. Reflexiones finales

La cuantificación del daño es uno de los temas que genera mayores corrientes de opinión. Dada la naturaleza de lo que está en disputa, así como las diversas opiniones, métodos, doctrinas y tesis que existen para cuantificar el daño, resulta importante estar ante el caso concreto para poder elegir qué método se va a usar.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que los temas que se relacionan a la cuantificación del daño no son pocos, pues estamos hablando de una serie de asuntos que también deben ser planteados por las partes y resueltos por el tribunal

arbitral. Este trabajo solo ha tenido como fin mencionar algunos aspectos que se tienen que considerar, pues es claro que el debate es mucho más amplio y ese análisis excedería el objetivo que en esta oportunidad queremos alcanzar.

PÉREZ
BUSTAMANTE
& PONCE

PBP

**Entendemos los negocios,
pensamos en el país,
ideamos soluciones.**

Conozca nuestra
práctica de Arbitraje

Escanee este código con la cámara de su celular

www.pbplaw.com

Pérez Bustamente & Ponce (PBP)

@pbplaw

Quito
Av. República de El Salvador N36-140
Edificio Mansión Blanca
PBX: 02 400 7800
+593 2 382 7640 al 48

Guayaquil
Av. Francisco de Orellana.
Edificio Las Cámaras,
Torre B, oficina 904.
+593 4 370 7960

Arbitraje y *smart contracts* ¿un nuevo reto para el foro arbitral ecuatoriano?

*Hugo García Larriva**
*Carla Cepeda Altamirano***

Recibido/Received: 14/09/2020
Aceptado/Accepted: 24/09/2020

Sumario: 1. Introducción. **2.** *Smart contracts* y justicia predictiva. **2.1.** *Smart contracts*. **2.2.** Justicia predictiva. **3.** Entre la tecnología y el arbitraje. **3.1.** El arbitraje para resolver disputas derivadas de *smart contracts*. **3.2.** El arbitraje como un *smart contract*. **4.** Límites y desafíos para el arbitraje y su desarrollo tecnológico. **4.1.** Orden público. **4.1.1.** El árbitro y su condición de persona natural. **4.1.2.** Limitaciones particulares. **4.2.** Debido proceso. **5.** Conclusiones.

Resumen: No es extraño escuchar sobre la posibilidad de que los abogados, jueces y árbitros sean reemplazados por máquinas o robots en el futuro. No es extraño escuchar acerca de la tecnología *blockchain* y como esta se utiliza con más frecuencia en transacciones comerciales. Es innegable que la tecnología avanza a pasos desmedidos para revolucionar la práctica jurídica, dejando atrás la regulación y el ejercicio profesional "tradicional". Sin embargo, en Ecuador, sentimos que esta realidad es ajena a nuestro entorno, quizá porque tenemos una industria con reducido desarrollo tecnológico, porque

* Socio de Carmigniani Pérez Abogados. Profesor Universidad San Francisco de Quito (USFQ). Abogado por la USFQ. Especialista Superior en Derecho Procesal por la Universidad Andina Simón Bolívar – Sede Ecuador. Magíster en Derecho de Empresa por la USFQ. LL.M. en Derecho Internacional por la Universidad de Cambridge. Correo electrónico: hgarcia@cplaw.ec

** Asociada de Carmigniani Pérez Abogados. Abogada por la Universidad San Francisco de Quito. LL.M por la Universidad de Stanford. Correo electrónico: ccepeda@cplaw.ec

H. García Larriva & C. Cepeda Altamirano, "Arbitraje y *smart contracts* ¿un nuevo reto para el foro arbitral ecuatoriano?", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 11, 2020, pp. 389-411.

ISSN: 2600-5611 / e-ISSN: 2600-562X
DOI: 10.36649/rea1114

culturalmente nos cuesta salir de tradiciones y ritualismos –especialmente respecto a la administración de justicia– o quizá porque los abogados tenemos fama de ser adversos al cambio y huir de conceptos técnicos que van más allá del Derecho. Este artículo busca traer algunas de las discusiones que se encuentran en auge en el foro arbitral internacional sobre la interacción de la tecnología y el arbitraje y aterrizarlas a la realidad actual del Ecuador.

Palabras Clave: arbitraje, tecnología, contratos inteligentes, *blockchain*, justicia predictiva.

Arbitration and smart contracts, a new challenge for the Ecuadorian arbitration forum?

Abstract: It is not strange to hear about the possibility that lawyers, judges and arbitrators will be replaced by machines or robots in the future. Nor uncommon to hear about blockchain technology and its frequent use in commercial transactions. It's undeniable that technology is advancing at disproportionate levels and revolutionizing the legal practice, leaving behind ritualism and formalities. Unfortunately, in Ecuador, this reality is unfamiliar to the legal industry. Perhaps, this is because of the lack of technological developments in Ecuador; or, because of a cultural inability to leave behind traditions and ritualisms in the administration of justice. Or, perhaps, because lawyers are known to be averse to change and tend to flee from technical concepts that extend beyond the Law. This article seeks to bring to light some of the topic discussions in the international arbitration forum regarding the interaction between technology and arbitration and to adapt them to the current reality of Ecuador.

Keywords: arbitration, technology, smart contracts, blockchain, predictive justice.

1. Introducción

Hace menos de dos años, nos encontrábamos discutiendo sobre la modernización del arbitraje en el Ecuador. Así, analizábamos la aplicación de normas flexibles de procedimiento, renovación de reglas y prácticas tradicionales más comunes a los procedimientos judiciales que al arbitraje. Sin embargo, aunque aún no se ha resuelto esa problemática, ahora nos enfrentamos a nuevos y quizá más grandes desafíos, el avance de la tecnología, su intromisión en la justicia, en la práctica profesional y particularmente, lo que se discutirá en este artículo, su impacto en el arbitraje.

Es previsible la posibilidad que la tecnología reemplace el trabajo ordinario de los abogados, por ejemplo, en la redacción de contratos, en la automatización y ejecución de contratos, en la posibilidad de recibir decisiones o laudos automatizados, etc. Sin duda, esto genera un impacto particular en lo que, hasta el momento, se ha concebido como el arbitraje, pues al ser este un mecanismo de resolución de disputas flexible y adaptable a la voluntad de las partes, se convierte en el blanco perfecto para la implementación de tecnología y procesos de digitalización de justicia. Las preguntas más claras que surgen al respecto y que tratará de discutir este artículo son: ¿qué interacción se anuncia entre la tecnología y el arbitraje? y ¿está listo el foro ecuatoriano para afrontar esta nueva realidad?

Este artículo –en primer lugar– explorará una breve conceptualización y desarrollo de **(i)** los denominados contratos inteligentes o "*smart contracts*" a través de la tecnología *blockchain* y **(ii)** la justicia predictiva. Luego, se analizarán algunos de los puntos de intersección entre estos conceptos y el arbitraje y finalmente, discutiremos los límites y retos que enfrenta el arbitraje ecuatoriano para la implementación de estas tecnologías.

2. *Smart contracts* y justicia predicitiva

Actualmente, existen varias alternativas e instrumentos tecnológicos que pueden implementarse en el ejercicio profesional. Particularmente, en este artículo nos enfocaremos en el uso de contratos inteligentes o "*smart contracts*" y la justicia predictiva o automatización de justicia.

2.1. *Smart contracts*

Si bien el concepto de "contrato inteligente" puede abarcar distintos entendimientos desde contratos que utilizan herramientas electrónicas para su celebración hasta aquellos que se codifican y se ejecutan de manera automática, para efectos de esta contribución, se entiende como *smart contracts* a aquellas instrucciones electrónicas codificadas que se ejecutan automáticamente, a través de la utilización de tecnología *blockchain*[1]. Los *smart contracts* funcionan siguiendo la lógica de cumplimiento de condiciones predeterminadas: "si/cuando…entonces"[2]. Esto quiere decir que al momento en que una condición codificada se verifica, automáticamente la consecuencia se ejecuta. Para mayor comprensión, traemos el siguiente ejemplo:

> El comprador "A" quiere comprar algo del vendedor "B". Para ello, pone su dinero en una cuenta de garantía. El vendedor utilizará el transportista "T" para realizar el envío de la mercadería al comprador. Cuando el comprador recibe la mercadería [condición predeterminada], **(i)** el dinero depositado en la cuenta de garantía se transfiere automáticamente –en lo que le corresponde a cada uno– al vendedor y al transportista y **(ii)** el productor de la mercadería

1. W. Maxwell & G. Vannieuwenhuyse, "Robots Replacing Arbitrators: Smart Contract Arbitration", *ICC Dispute Resolution Bulletin*, 2018, p. 25. "Se entiende por tecnología Blockchain a una plataforma que almacena un libro digital que permite la transferencia de propiedad –activos digitales– sin la intervención de terceros. La tecnología Blockchain se basa en relaciones *peer to peer,* asegurando la trazabilidad, seguridad e inmutabilidad de las operaciones".
2. N. Gopie, *What are smart contracts on blockchain*?, <https://ibm.co/35ZgJeV> (25/08/2020).

> recibe una notificación que le indica que debe producir más mercadería de la vendida y aumentar su abastecimiento [consecuencias automatizadas]. Si el comprador no recibe la mercadería en la fecha acordada, el dinero se devuelve a la cuenta del comprador [consecuencia alternativa automatizada][3].

Las ventajas de la utilización de *smart contracts* son varias, entre ellas podemos resaltar[4]: **(i)** la rapidez y precisión sobre los términos del contrato y su ejecución; **(ii)** su seguridad, estos ejecutan siguiendo condiciones predeterminadas, instrucciones y registros encriptados de cada transacción. A su vez, cada acto es compartido entre todos los participantes del *blockchain* por lo que su posibilidad de manipulación es reducida; y, **(iii)** la descentralización, la utilización de *smart contracts* permite que las partes prescindan de terceros o intermediarios para validar la transacción.

En el Ecuador no existe mayor experiencia o regulación sobre los *smart contracts*. No obstante, el artículo 77 del Código de Comercio ecuatoriano ya realiza una primera aproximación a la conceptualización y a la utilización de esta tecnología. Así, prescribe:

> "[s]on contratos inteligentes los producidos por programas informáticos usados por dos o más partes, que acuerdan cláusulas y suscriben electrónicamente.
>
> El programa de contrato inteligente permite facilitar la firma o expresión de la voluntad de las partes, así como *asegura su cumplimiento, mediante disposiciones instruidas por las partes, que pueden incluso ser cumplidas automáticamente, sea por el propio programa, o por una entidad financiera u otra, si a la firma del contrato las partes establecen esa disposición. Cuando se dispara una condición pre-programada por las partes, no sujeta a ningún tipo de valoración humana, el contrato inteligente ejecuta la cláusula contractual correspondiente.*

3. Ibídem.
4. Ibídem.

> *A falta de estipulación contractual, los administradores de dicho programa o quienes tengan su control*, serán responsables por las obligaciones contractuales y extracontractuales que se desprenden de los contratos celebrados de esta forma, y en todo caso *serán aplicables las disposiciones que protegen los derechos de los consumidores* (énfasis añadido)[5].

El artículo es interesante, pues **(i)** establece la posibilidad de que los contratos se ejecuten de manera automática a través de las instrucciones [codificadas] por las partes; **(ii)** reconoce el funcionamiento de la lógica de *smart contracts* "si/cuando…entonces" a través de lo que regula como "una condición pre-programada, no sujeta a ninguna valoración humana"; **(iii)** llama la atención y es cuestionable sobre quiénes asumirían las obligaciones derivadas de estos acuerdos, en caso de no haber acuerdo expreso –el artículo menciona a los administradores–. Esto es cuestionable porque no siempre los administradores del programa, corresponden a las partes que celebran el contrato y las obligaciones que derivan de él. **(iv)** Finalmente, es importante destacar que el artículo ya impone ciertas limitaciones a su celebración, como la protección particular a consumidores.

2.2. Justicia predictiva

Una segunda herramienta que resulta interesante para la discusión que se plantea en este artículo es lo que se conoce como "justicia predictiva". Esta consiste –básicamente– en utilizar inteligencia artificial para analizar decisiones judiciales o laudos para determinar estadísticamente la probabilidad del resultado en un caso similar[6]. Al momento, esto ha sido utilizado como una herramienta accesoria al ejercicio profesional. Por ejemplo, para que abogados puedan tener un

5. Código de Comercio, Artículo 77, RO (S) No. 497, 29/05/2019.
6. W. Maxwell *et al., The Future of Arbitration: New Technologies are making a big impact and AI robots may take on "human" roles*, <https://bit.ly/3jWjcMb> (24/08/2020).

mejor entendimiento del caso y sus probabilidades de éxito[7] e incluso ha sido utilizado por juzgadores para facilitar la toma de decisiones y garantizar un mayor grado de consistencia[8].

Estas herramientas existen y seguirán revolucionando el mercado legal. Estudios jurídicos, empresas de financiamiento de terceros y consultores *in-house* se encuentran invirtiendo cada vez más en ellas. Esto porque son innegables las ventajas de poder **(i)** predecir el éxito de un caso, **(ii)** analizar qué argumentos han resultados eficientes en decisiones sobre disputas similares e incluso **(iii)** determinar –independientemente de su reputación– qué abogados verdaderamente han resultado exitosos a la hora de manejar sus casos ante las cortes o tribunales arbitrales, entre otras[9].

De igual manera, varios países están interesados en invertir en el desarrollo y aplicación de estas tecnologías. Esto permite la depuración de decisiones judiciales, aumenta la eficiencia y garantiza la consistencia del sistema de justicia.

---

7. J. Koebler, *Rise of the Robolawyers*, <https://bit.ly/2JCJZAN> (24/08/2020). "*Beyond helping prepare cases, AI could also predict how they'll hold up in court. Lex Machina, a company owned by LexisNexis, offers what it calls "moneyball lawyering." It applies natural-language processing to millions of court decisions to find trends that can be used to a law firm's advantage. For instance, the software can determine which judges tend to favor plaintiffs, summarize the legal strategies of opposing lawyers based on their case histories, and determine the arguments most likely to convince specific judges. A Miami-based company called Premonition goes one step further and promises to predict the winner of a case before it even goes to court, based on statistical analyses of verdicts in similar cases. "Which attorneys win before which judges? Premonition knows," the company says*."
   J. Roberts, *AI is providing to be the Ultimate Value-Add for Law Firms,* <https://bit.ly/32a2l-PQ> (24/08/2020). *"Products like Lex Machina provide lawyers with new insight in case work, offering a better understanding of outcomes against judges/jurisdictions/opposing counsel. Lastly, there is an efficiency play with things like e-filing, which allows for the prep and filing of court docs electronically."*
8. B. Roe, *The Year Ahead Innovation: A new generation of legal analysis tools is emerging*, <https://bit.ly/3jYaRr8> (25/08/2020). "*In certain Chinese courts, litigants can consult an artificial intelligence system which evaluates possible litigation outcomes before the case is filed. A Shanghai court is piloting an AI system for judges which analyses and automatically collates similarly decided cases for the judges' reference. The system also can also conduct deviation analysis on draft judgments, to help maintain judicial consistency. In April 2018, reforms were proposed to the French justice system which would allow AI to assist in the resolution of certain court cases. The new system will present parties with the predicted outcome of a dispute, followed by compulsory mediation, in an attempt to drive settlement and ease pressure on the courts*."
9. Ibídem.

En efecto, el tener acceso a este tipo de instrumentos facilita la identificación decisiones equivocadas y decisiones de alta calidad, reduciendo la probabilidad de tener decisiones deficientes en el futuro[10].

Adicionalmente, permite aliviar la carga judicial. Por un lado, incentiva la celebración de acuerdos transaccionales, reduciendo las controversias que se litigan. En efecto, al tener un análisis más preciso sobre las probabilidades de éxito de un caso, las propuestas que se intercambian entre las partes para negociar una disputa serán más razonables y cercanas a la realidad[11]. Por otro lado, los jueces tendrán mayor soporte sobre cómo decidir en casos similares, habrá más consistencia en las decisiones e incluso ya se discute que en un futuro cercano, decisiones automatizadas reemplacen –de plano– la labor de los juzgadores en ciertas áreas, por ejemplo para controversias civiles de menor cuantía[12].

En el Ecuador, en nuestro entendimiento, no existe un desarrollo particular sobre estas tecnologías, ni tampoco alguna iniciativa del Estado para implementarlas en la administración de justicia ordinaria. Sin embargo, ya existen plataformas en las que se almacenan datos sobre decisiones judiciales y laudos[13], lo que no descarta la posibilidad de que estos programas puedan implementarse como herramientas de la práctica profesional. Sin duda, los usuarios privados, abogados, practicantes, expertos legales se verán obligados a invertir en esta tecnología, pues es un servicio que va a ser exigido por los clientes en un futuro cercano.

---

10. Ibídem.
11. Ibídem.
12. J. Koebler, N. 7.
13. Por ejemplo, la base de datos publicada por el Instituto Ecuatoriano de Arbitraje y el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito tiene una recopilación de laudos de las instituciones más importantes del país, de decisiones judiciales sobre acciones de nulidad de laudos y decisiones constitucionales en la materia: <https://bit.ly/3oU2iS1>

3. Entre la tecnología y el arbitraje

Tradicionalmente, se ha considerado a la normativa procesal como materia de derecho público. Esto debido a que el sistema judicial ordinario regula la función jurisdiccional del Estado y en este sentido, la actividad de jueces se encuentra limitada por el principio de legalidad[14]. Esto dificulta la adaptación y evolución de este sistema hacia el desarrollo tecnológico y las nuevas necesidades de sus usuarios comerciales.

Por el contrario, el arbitraje se fundamenta esencialmente en el principio de autonomía de la voluntad. Así, las partes tienen el derecho a diseñar el procedimiento que mejor se adapte a sus intereses[15]. Ya en incasables discusiones, hemos resaltado –en el foro arbitral ecuatoriano– que "la flexibilidad, omisión de ritualismos y eficiencia son atributos esenciales para el buen funcionamiento del arbitraje y para que las industrias prefieran este sistema sobre otros mecanismos de resolución de disputas"[16].

Por este motivo, el arbitraje es el blanco perfecto para el desarrollo tecnológico en la administración de justicia. En efecto, su naturaleza permite que este mecanismo adopte nuevas tendencias, permite la innovación y la búsqueda continua de soluciones más eficientes. Adicionalmente, es fundamental –para su supervivencia como mecanismo

14. E. Carmigniani, C. Cepededa & B. Muriel, "Del procesalismo rígido a la modernización del arbitraje en el Ecuador: Aplicación de normas no domésticas en el arbitraje local", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 9, 2018, pp. 189. Ver además, H. Devis Echandía, *Compendio de Derecho Procesal*, 11va Ed., Temis, 2012, p. 6; Código Orgánico de la Función Judicial, Artículo 8, RO No. 544, 09/03/2009.
15. Ley de Arbitraje y Mediación, Artículo 38, RO No. 417, 14/12/2006. "El arbitraje se sujetará a las normas de procedimiento señaladas en esta Ley, al procedimiento establecido en los centros de arbitraje, al determinado en el convenio arbitral o al que las partes escojan, sin perjuicio de las normas supletorias que sean aplicables". B. Cremades, "Consolidación de la Autonomía de la Voluntad en España: El Convenio Arbitral", *Tratado de Derecho Arbitral Carlos Alberto Soto Coaguila El Convenio Arbitral*, Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, p. 665.
16. E. Carmigniani, C. Cepeda & B. Muriel, N. 14 . Ver además, G. Born, *International Commercial Arbitration*, Second Edition, Kluwer Law, 2014, p. 62.

predilecto– que se acople a las nuevas necesidades de las industrias, al desarrollo de los mercados y directamente que sea capaz de crear y superar la iniciativa legislativa.

La utilización y revolución de los *smart contracts* es una tendencia capaz de retar el desarrollo del procedimiento arbitral "tradicional". De la sección precedente, ya podemos adelantar varios de los puntos de interacción entre la tecnología y el arbitraje. Esta discusión alcanza desde los beneficios que la tecnología puede brindar al sistema, por ejemplo, para facilitar el desarrollo de audiencias virtuales, el análisis automático de documentación para reducir el trabajo manual de abogados, el manejo seguro de documentación electrónica, hasta la posibilidad de utilizar Inteligencia Artificial para reemplazar la labor de los árbitros o jueces de ejecución de laudos –entendiendo a esta como una actividad que hasta el momento ha sido monopolizada por persona naturales–[17].

Dado que la discusión es extensa, para efectos de este artículo hemos delimitado el análisis en la interacción del **[3.1]** arbitraje como mecanismo para resolver disputas derivadas de *smart contracts* y **[3.2]** arbitraje como un *smart contract*.

3.1. El arbitraje para resolver disputas derivadas de *smart contracts*

Aunque la utilización de *smart contracts* supone la reducción de errores e intervención humana, aún pueden presentarse ciertas controversias relacionadas con la creación o implementación de estos instrumentos. A continuación, algunos ejemplos de estas disputas[18]:

17. Queen Mary University of London, White & Case, *International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration*, 2018. *"Technology is widely used in international arbitration, and an overwhelming majority of respondents favour the greater use in the future of "hearing room technologies," cloud-based storage, "videoconferencing", "AI" and "virtual hearing rooms.".*
18. W. Maxwell & G. Vannieuwenhuyse, N. 1, p. 26.

(i) ***Fallas en la codificación.*** La implementación de *smart contracts* requiere extensos y complejos procesos de codificación, los cuales pueden contener fallas (*bugs*) que produzcan resultados incorrectos, inesperados o que el sistema se comporte de manera no intencional[19]. Ejemplo de esto es el conocido "Ataque DAO (*Decentralized Autonomous Organization*)". Este *smart contract* fue creado en la plataforma *blockchain* Ethereum con el objetivo de democratizar el financiamiento de proyectos Ethereum[20]. De esta manera, varios inversionistas adquirían *tokens* provistos por Ethereum y posteriormente, los usuarios podían retirar las ganancias de su inversión[21]. Sin embargo, existió un error en la línea 666 de la codificación de este *smart contract*, en la cual se utilizó la letra "t" minúscula, en lugar de "T" mayúscula. Esto provocó que un usuario retirará –repetidamente– los fondos antes que los datos de la plataforma y el saldo a su favor se actualizaran. El usuario logró retirar el equivalente a sesenta millones de dólares en cripto monedas "ether", gracias a este pequeño error en la codificación[22]. Esto –por supuesto– ha generado una serie de dudas sobre la seguridad del sistema y disputas entre los inversionistas y los creadores de esta plataforma *blockchain*.

(ii) ***Negociación vs. codificación de los términos de un smart contract***[23]. Las personas que codifican los *smart contracts* pueden ser distintas a que ellas que negocian sus obligaciones y contenido. Esto genera un riesgo de discrepancias entre el lenguaje negociado y el efectivamente codificado, lo que, a su vez, potencia

19. C. Mcfadden, *The origin of the Term 'Computer Bug'*, <https://bit.ly/329hnFz> (26/08/2020)
20. M. Leising, *The Ether Thief*, <https://bloom.bg/2HY8Pu2> (26/08/2020).
21. W. Maxwell & G. Vannieuwenhuys, N. 1, p. 26-27.
22. Ibídem.
23. Ibídem, p. 27.

las disputas sobre interpretación y ponderación de las distintas versiones contractuales[24].

(iii) ***Aplicación de conceptos jurídicos indeterminado***[25]. Muchas disputas conllevan apreciaciones que al momento no pueden ser traducidas en códigos, como el principio de buena fe, razonabilidad, mejores esfuerzos, debida diligencia, etc. Esto imposibilita la aplicación íntegra de la teoría tradicional de la contratación a los *smart contracts*. De igual manera, es discutible la aplicación de sanciones automáticas a través de *smart contracts*, debido a su imposibilidad para analizar circunstancias especiales y aplicar principios de contratación que podrían afectar el resultado o la atribución de responsabilidad a una parte.

(iv) ***Protecciones legales particulares***[26]**.** Es importante considerar que determinadas jurisdicciones tienen protecciones especiales que impiden una ejecución o asunción de responsabilidad automática por parte de personas particulares. Por ejemplo, como se expuso, el artículo 77 del Código de Comercio ecuatoriano ya contiene una limitación en protección de los derechos de consumidores.

Estas son algunas de las controversias que pueden surgir de la utilización de *smart contracts*. La pregunta que cabe realizarse es si el arbitraje es un mecanismo efectivo para resolverlas. La respuesta es afirmativa. La materia de estas disputas es netamente contractual y transigible. En consecuencia, el arbitraje es aplicable a esta industria. Adicionalmente, es innegable que los *smart contracts* y el arbitraje comparten características complementarias. Entre ellas, destacamos las siguientes:

(i) ***Neutralidad.*** A diferencia de la justicia ordinaria, el arbitraje facilita la resolución de disputas internacionales,

24. Ibídem.
25. Ibídem.
26. Ibídem, p. 27-28.

pues puede desarrollarse en cualquier foro escogido entre las partes, independiente de su nacionalidad y tradición jurídica, lo que genera más confianza y facilita el comercio internacional[27]. Esta es una característica ideal para la resolución de controversias derivadas de *smart contracts*, pues al ser esta última una plataforma descentralizada y deslocalizada, los intervinientes en la relación generalmente provienen de distintas nacionalidades y culturas jurídicas.

(ii) ***Flexibilidad.*** El arbitraje, como se ha mencionado, permite que las partes diseñen el proceso y las reglas que mejor se adapten a sus necesidades y a la adecuada resolución de la disputa. Principalmente, permite a las partes escoger a los árbitros que decidirán la controversia. Esta característica facilita la resolución de disputas derivadas de *smart contracts*, pues al ser un mecanismo de contratación no regulado y con avances significativos, es sumamente atractivo que las disputas se resuelvan por personas capacitadas en la materia y además que el proceso se adapte a la evolución de la tecnología.

(iii) ***Ejecución de laudos internacionales.*** Una de las características más atractivas del arbitraje es la facilidad de ejecutar laudos extranjeros[28], gracias a la extensa ratificación de la Convención de Nueva York[29]. Esto, sin duda, es atractivo para resolver disputas derivadas de *smart contracts*, pues en el supuesto de que estas no sean resueltas de manera automática y considerando que la ejecución de estos contratos es deslocalizada, será importante que las partes puedan contar con una decisión ampliamente reconocida en distintas jurisdicciones, como lo son los laudos extranjeros.

---

27. G. Born, *International Commercial Arbitration*, 2da. Ed., Kluwer Law, 2014, p. 74.
28. Queen Mary University of London, White & Case, N.17.
29. Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York (1958).

A pesar de que las disputas derivadas de *smart contracts* son plenamente arbitrales, no podemos ser del todo optimistas. El procedimiento arbitral "tradicional" no fue pensando para este tipo de disputas y, en consecuencia, hay algunos retos que deben superarse para que este mecanismo se adapte a esta nueva realidad comercial. Principalmente, es importante destacar que hay poca experiencia –al menos en el foro ecuatoriano– sobre la materia. Sin duda la evolución del mercado y el acelerado desarrollo de nuevas tecnologías requiere una campaña de promoción y capacitación sobre su funcionamiento y los problemas que pueden surgir de estas transacciones.

En efecto, las partes que tengan un conflicto de esta naturaleza, buscarán abogados y árbitros con experiencia específica en esta industria. Además, buscarán someter estas disputas a centros capacitados y con regulaciones amigables a sus necesidades particulares. Por ejemplo, es conveniente que las instituciones arbitrales empiecen a tomar en consideración reglas específicas para disputas tecnológicas, como la inclusión de procesos expeditos, la utilización de herramientas que permitan la digitalización del proceso para reducir costos e incluso la inclusión de listas de árbitros y practicantes que tengan experiencia en la industria[30]. En síntesis, la versatilidad del arbitraje permite que este se adapte a nuevas tendencias y disputas que surjan del desarrollo de nuevas tecnologías y particularmente, de la celebración de *smart contracts*. Sin embargo, al menos en el caso ecuatoriano, se requiere mayor capacitación en la materia y una modernización del procedimiento "tradicional" previsto en la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM) y en las reglas de los centros. De lo contrario, el Ecuador no será un foro atractivo para resolver estas disputas.

30. Por ejemplo, el Centro de Arbitraje y Mediación de Sillicon Valley ya cuenta con una lista de árbitros y mediadores expertos en tecnología y arbitraje: <https://bit.ly/2I1C8fw>; y, los criterios utilizados para su inclusión: <https://bit.ly/34T54Pf>.

3.2. El arbitraje como un *smart contract*

Ahora la discusión se centra en si el proceso arbitral "tradicional" va a cambiar drásticamente gracias a la tecnología de *smart contracts*. Particularmente cabe cuestionarse ¿podemos prescindir de las personas naturales para ejercer el rol de árbitros o jueces?

La tecnología de *smart contracts* nos permite pensar en varios escenarios que podrían reemplazar el rol de los árbitros e incluso de los jueces de ejecución. En primer lugar, la plataforma *blockchain* en la que se ejecuta un *smart contract* podría tener una autoridad central parar arbitrar las disputas que surjan de esa transacción[31]. Las partes pueden acordar específicamente este tipo de arbitraje a través del *smart contract* o al momento de aceptar los términos y condiciones de la plataforma[32]. La ventaja de incluir el arbitraje como mecanismo de disputas dentro de la cadena *blockchain* es que al momento en que se cumplen las condiciones de su aplicación, es decir, que activan el convenio arbitral, la transacción puede pausarse automáticamente, se puede tomar una decisión automática e incluso pueden aplicarse remedios contractuales de manera inmediata. En efecto, como lo menciona Koebler:

> *[w]e might see a completely automated and ever-present legal system that runs on sensors and pre-agreed-upon contracts. A company called Clause is creating "intelligent contracts" that can detect when a set of prearranged conditions are met (or broken). Though Clause deals primarily with industrial clients, other companies could soon bring the technology to consumers. For example, if you agree with your landlord to keep the temperature in your house between 68 and 72 degrees and you crank the thermostat to 74, an intelligent contract might automatically deduct a penalty from your bank account*[33].

31. W. Maxwell & G. Vannieuwenhuyse, N. 1, p. 29.
32. Ibídem.
33. J. Koebler, N.7.

Como se mencionó en la sección **[2.2]** de este artículo, ya existen iniciativas para recopilar datos de decisiones judiciales y arbitrales para analizarlas y predecir –a través de probabilidades– el resultado de una disputa similar. El mercado arbitral no es la excepción. Es posible destacar varias iniciativas que ya recopilan datos sobre laudos, árbitros, practicantes, etc., principalmente, han sido diseñadas para facilitar el ejercicio privado. No obstante, podrían servir para la automatización de toma de decisiones sobre la base de la información recopilada.

Ejemplos de estas iniciativas son **(i)** Arbilex una iniciativa que utiliza como herramientas la recopilación y análisis de datos para ayudar a practicantes en arbitraje internacional para realizar una mejor evaluación de sus casos[34]. **(ii)** Arbitrator Intelligence una herramienta que busca recopilar datos sobre árbitros y sus decisiones a través de un cuestionario que lo completan practicantes interesados en la materia. Luego, con esta información, Arbitrator Intelligence genera un reporte de resultados con el fin de que los usuarios del sistema puedan tomar decisiones más informadas y objetivas al momento de seleccionar árbitros y preparar la estrategia de su caso[35]. **(iii)** Global Arbitration Review es otra plataforma que recopila datos sobre árbitros, estudios jurídicos, casos relevantes y decisiones[36]. Finalmente **(iv)** en el Ecuador ya existe una base de datos creada entre el Instituto Ecuatoriano de Arbitraje y el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito que compila y publica decisiones judiciales y arbitrales de manera gratuita[37]. No obstante, aún no existe una aplicación tecnológica que analice esa data para predecir resultados.

34. F. Daso, *Arbilex, A Harvard Law School Legal Tech Startup, Uses AI To Settle Arbitrations*, <https://bit.ly/2GqDks7> (27/08/2020).
35. Arbitrator Intelligence, *State-of-the-art analytics about international arbitrators* <https://arbitratorintelligence.com> (28/08/2020).
36. Global Arbitration Review, *Arbitration news, features and reviews* <https://bit.ly/3859XHf> (28/08/2020).
37. Universidad San Francisco de Quito, *Base de datos del IEA y el Colegio de Jurisprudencia de la USFQ*, N. 13.

Otra alternativa, es la utilización de *smart contracts* y tecnología *blockchain* como plataforma para resolver una disputa, pero con personas naturales que toman la decisión final sobre la controversia. Esto ya ha sido desarrollado, por ejemplo, a través de Kleros, "una organización autónoma construida sobre el blockchain de Ethereum que funciona como tercera parte descentralizada para arbitrar disputas en cualquier tipo de contrato […] Cada paso del proceso de arbitraje (asegurar la evidencia, seleccionar jurados, etc.) se encuentra completamente automatizado y codificado en contratos inteligentes"[38].

En esta alternativa, la decisión la toma un jurado conformado por personas naturales, esta se incorpora al *blockchain* y se ejecuta automáticamente. En este caso, si bien el rol de los juzgadores la siguen ocupando personas naturales, es interesante porque el cumplimiento de la decisión es instantáneo, sin la necesidad de la buena voluntad de la parte perdedora para cumplirla o de acudir a cortes judiciales para forzar su cumplimiento.

4. Límites y desafíos para el arbitraje y su desarrollo tecnológico

Tanto el arbitraje, los *smart contracts* y la utilización de teconología *blockchain* tienen como fundamento su naturaleza negocial. No obstante, la libertad negocial no es absoluta y como en otras ocasiones ya lo hemos adelantado, encuentra sus límites en el debido proceso y orden público[39].

38. C. Esaege, F. Ast & George, *Kleros, White Paper V. 1.0.7*, <https://bit.ly/3jSwmtl> p. 2.
39. E. Carmigniani, C. Cepeda & B. Muriel, N.14, p. 197.

4.1. Orden público

Se ha definido al orden público como el conjunto de normas y principios que buscan proteger las nociones más básicas de moral y justicia[40]. El artículo V(2)(b) de la Convención de Nueva York prevé como una causal para negar el reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero el supuesto de que la decisión sea contraría o vulnere el orden público del país en el que se busca su ejecución[41].

Debido a la complejidad para determinar qué debe entenderse como una vulneración a las nociones más básicas de moral y justicia en cada Estado, esta causal debe analizarse en el caso concreto y de acuerdo con las circunstancias específicas al momento en que se solicite la ejecución del laudo. No obstante, ejemplos de ello son la corrupción por parte de uno de los miembros del tribunal, la violación de una norma esencial de procedimiento, la vulneración al derecho de defensa, entre otras[42]. Respecto a la discusión planteada en este artículo, cabe cuestionarse [**4.1.1**] si el rol de los árbitros debe ser asumido exclusivamente por personas naturales como norma de orden público y [**4.1.2**] si existen protecciones particulares que limiten la posibilidad de acordar un potencial arbitraje automatizado.

4.1.1. El árbitro y su condición de persona natural

Sin duda esta es una discusión que merece un desarrollo profundo e independiente. No obstante, de manera sucinta exponemos las principales ideas que surgen al respecto. La normativa más importante en materia de arbitraje

40. Ibídem.
    Ver además, F. González de Cossío, "Orden Público y Arbitrabilidad: Dúo Dinámico del Arbitraje", *Revista Internacional de Arbitraje*, No. 1, 2008, p. 4.
41. Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (1958), Artículo V(2)(b).
42. E. Carmigniani, C. Cepeda & B. Muriel, N.14, p. 198.

internacional[43] es silente respecto a si una máquina, algoritmo o robot pueden ostentar la calidad de árbitro –por supuesto porque esto no era previsible al momento en que se redactaron–. En el caso del Ecuador, el artículo 19 de la LAM prescribe que "no podrán actuar como árbitros las personas que carezcan de capacidad para comparecer por sí mismas en juicio"[44]. Adicionalmente, los artículos 75[45] y 169[46] de la Constitución ecuatoriana prevén como uno de los principios fundamentales para la administración de justicia el de inmediación, el cual implica la interacción y comunicación directa entre las partes y el juzgador.

Estas disposiciones nos llevan a concluir que, al momento, un arbitraje automatizado, en el cual la decisión se tome con base en algoritmos, análisis de datos, etc., sin control de una persona natural, no es es admisible en nuestro ordenamiento jurídico, ya que la limitación de un árbitro como persona natural responde a un requisito de orden público. Ahora bien ¿es esta una limitación que perdurará en el tiempo? Nos atrevemos a predecir que la evolución tecnológica exigirá cambios legislativos en la materia, pues –como se expuso al inicio de este artículo– los beneficios que devienen de una resolución automatizada de disputas son bastante atractivos. Además, sin duda la posibilidad de tomar decisiones automatizadas –no regulada en otras jurisdicciones– seguirá avanzando por lo que no nos sorprendería, que, en un futuro cercano, nos enfrentemos al reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros en los que las decisiones se han tomado de esta manera. Finalmente, si en nuestro ordenamiento jurídico

43. Por ejemplo, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional o la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras.
44. Ley de Arbitraje y Mediación, N. 15, Artículo 19.
45. Constitución de la República del Ecuador, Artículo 76, RO No. 449, 20/10/2008. "Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley".
46. Ídem, Artículo 76. "El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación […]"

se mantiene esta limitación, pero en otras se admite de manera expresa o tácita, corremos el riesgo de que nuestra jurisdicción sea aún menos atractiva para el arbitraje internacional.

4.1.2. Limitaciones particulares

En segundo lugar, como se mencionó, existen dos posibilidades para convenir el sometimiento a arbitraje como *smart contract:* **(i)** por acuerdo expreso de las partes o **(ii)** a través de la aceptación de términos y condiciones de la plataforma *blockchain.* En el segundo caso, es importante considerar que en Ecuador existe una limitación expresa para suscribir un convenio arbitral a través de contratos de adhesión en materia de defensa del consumidor.

En efecto, el artículo 43 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor prevé que "[s]on nulas de pleno derecho y no producirán efecto alguno las cláusulas o estipulaciones contractuales que: "[...] (4) Impongan la utilización obligatoria de un arbitraje o mediación, salvo que el consumidor manifieste de manera expresa su consentimiento […]"[47]. Esta restricción, tendiente a proteger a consumidores, debe ser considerada como una norma de orden público, que determinará la validez del convenio arbitral y del proceso arbitral al momento de someter a una disputa a través de un *smart contract* ejecutable en el Ecuador.

4.2. Debido proceso

Se entiende por debido proceso al "conjunto de garantías y derechos mínimos para las partes en los procedimientos de resolución de sus disputas"[48]. El artículo 76 de la Constitución

47. Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, Artículo 43, RO No. 520, 12/09/1990.
48. E. Carmigniani, C. Cepeda & B. Muriel, N.14, p. 199.
Ver además, H. Devis Echandía, *Compendio de Derecho* Procesal, 11va Ed., Temis, 2012, p. 706.

del Ecuador prevé las normas esenciales que deben garantizarse en todo proceso jurisdiccional –incluyendo el proceso arbitral– en nuestro país[49]. Ejemplo de estas normas esenciales se encuentran: contar con el tiempo y medios adecuados para preparar la defensa de un caso, el derecho a ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de armas, el derecho a recibir una decisión motivada, el derecho a ser juzgado por una autoridad independiente e imparcial, entre otros[50].

Otra de las preocupaciones que surgen sobre la implementación del arbitraje automatizado es la forma en la que se emite la decisión a las partes y si esta cumple o no los requerimientos para ser reconocida en Ecuador. El artículo 26 de la LAM exige que el laudo y las demás decisiones del tribunal arbitral sean firmadas por los árbitros[51]. Nuevamente, en el caso de que una máquina tome las decisiones de manera automática, este requerimiento no se cumpliría.

Adicionalmente, en el supuesto de que la decisión se ejecute por sí sola a través de la plataforma *blockchain*, esto genera un problema respecto al cumplimiento del deber de motivación de las decisiones. En efecto, como lo mencionan Maxwell & Vannieiwenhuyse "[*m*]*any AI systems raise problems of accountability because their decisions are not explainable, and therefore cannot be evaluated ex post, which raises a fundamental problem of legitimacy and trust for AI systems*". A pensar de que el deber de motivar decisiones y laudos es un requisito esencial del debido proceso, cabe cuestionarse si esto perdurará en el futuro para todo tipo de industrias y controversias. Por ejemplo, el artículo 31(2) de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial

49. Constitución de la República del Ecuador, N. 45, Artículo 76.
50. Ibídem.
51. Ley de Arbitraje y Mediación, N. 15, Artículo 26.

Internacional ya prevé que las partes puedan prescindir del requisito de motivación del laudo[52].

5. Conclusiones

Es innegable que el desarrollo tecnológico está y seguirá revolucionando la industria jurídica ya sea para facilitar o incluso para suplantar el trabajo de abogados, árbitros, expertos y jueces. Particularmente, el uso de *smart contracts* a través de una plataforma *blockchain* plantea retos sobre el origen de nuevas disputas que requieren especialización en la materia y un mecanismo de resolución de disputas ágil y adaptable a las necesidades de esta industria. El arbitraje es una institución compatible para resolver estos conflictos, pues varias de sus características son semejantes y complementarias con esta industria.

El foro arbitral ecuatoriano tiene un claro reto: debe capacitarse y prepararse para estos conflictos para **(i)** asesorar adecuadamente a los clientes que traigan estas disputas; **(ii)** asesorar en elaboración y celebración de convenios arbitrales más flexibles y convenientes para esta industria y **(iii)** modernizar las reglas de las instituciones arbitrales con el fin de que estas sigan siendo atractivas en el mercado nacional e internacional.

Otro tema importante que se ha discutido es la posibilidad de que el arbitraje "tradicional" cambie drásticamente. Así, hemos analizado la posibilidad de que el arbitraje se desarrolle enteramente dentro de una plataforma *blockchain* y que el resultado de la disputa sea ejecutado de manera automática. Además, hemos analizado la posibilidad de que las decisiones

52. Ley Modelo CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006, (2008). "El laudo del tribunal arbitral deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido en otra cosa o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo 30."

que diriman una disputa se tomen automáticamente a través de la utilización de inteligencia artificial y análisis de datos.

Por el momento, existen limitaciones claras en el ordenamiento jurídico que impiden un arbitraje automatizado. Principalmente, porque **(i)** se requiere que los árbitros ostenten la calidad de personas naturales, **(ii)** existen protecciones a personas particulares como en el caso de defensa a consumidores; y **(iii)** existen dudas sobre si este sistema de resolución de controversias es suficiente para garantizar el debido proceso y especialmente, el derecho a recibir una decisión motivada, entre otras.

A pesar de la existencia de estas claras limitaciones, no podemos dejar de resaltar que el concepto de orden público es versátil de acuerdo con la evolución y necesidades de la sociedad. No nos sorprenderemos si estas iniciativas tecnológicas, que continúan avanzado en el ámbito internacional, exigen una reforma legislativa en el Ecuador. Nuevamente, es importante que el foro arbitral ecuatoriano esté preparado para esta discusión e incluso para dar los siguientes pasos necesarios para adherirnos en la evolución tecnológica internacional.

El reto es superar el formalismo jurídico y rediseñar nuestro entendimiento sobre la administración de justicia.

La virtualización del arbitraje en Perú: diagnóstico de la situación actual y perspectivas sobre su implementación*

*Tatiana Herrada Sánchez**
*Sophia Gonzales Camacho***

Recibido/Received: 15/08/2020
Aceptado/Accepted: 16/09/2020

Sumario: 1. Introducción. **2.** El uso de la tecnología en el arbitraje. **2.1.** La tecnología y el derecho. **2.2.** La tecnología en el arbitraje: la forma escrita incluye a la electrónica. **2.3.** Los recursos tecnológicos aplicados al arbitraje. **2.4.** El uso de la tecnología en el arbitraje internacional antes de COVID-19. **2.5.** Arbitraje virtual v. virtualización del arbitraje. **3.** El uso de la tecnología en los arbitrajes peruanos. **3.1.** Antes de COVID-19. **3.2.** Las actuaciones arbitrales virtuales. **3.2.1.** Las notificaciones. **3.2.2.** Audiencias de inicio o de instalación. **3.3.** Las actuaciones arbitrales que requerían la presencia física. **3.3.1.** Solicitudes de arbitraje. **3.2.2.** Demanda arbitral y contestación. **3.3.3.** Audiencias de pruebas. **3.2.4.** Notificaciones de laudo y la firma. **3.4.** La suspensión de los arbitrajes a raíz de COVID-19. **3.5.** Los cambios introducidos ante la nueva realidad. **4.** Perspectivas y aplicación práctica

---

* Las autoras agradecen a Diego Prado Acosta, Iván Quispe Alarcón & Axel Valverde Pariasca por su valiosa colaboración con la presente investigación.

** Árbitra y Directora de CDR Consulting: Construction and Dispute Resolution. Docente a nivel de posgrado de los Cursos de Arbitraje, Juntas de Resolución de Disputas, Dispute Boards y Gestión de Reclamaciones de Construcción. Máster en Administración y Habilidades Directivas por EADA School of Business, Barcelona. Máster en Construction Law por The Melbourne University. Correo electrónico: therrada@cdrconsulting.pe

*** Estudiante de XII ciclo de la carrera de Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asistente Legal en CDR Consulting: Construction and Dispute Resolution. Correo electrónico: sgonzales@cdrconsulting.pe

T. Herrada Sánchez & S. Gonzales Camacho, "La virtualización del arbitraje en Perú: diagnóstico de la situación actual y perspectivas sobre su implementación", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje,* No. 11, 2020, pp. 413-452.

ISSN: 2600-5611 / e-ISSN: 2600-562X
DOI: 10.36649/rea1115

de la tecnología en el arbitraje peruano. **4.1**. Se permitirá la presentación de escritos de solicitud de arbitraje, contestación y escritos postulatorios virtuales. **4.2.** Los laudos podrán remitirse electrónicamente y con firma digitalizada. **4.3.** La práctica de la notificación electrónica y el uso de plataformas virtuales de gestión de arbitrajes se extenderá a los centros arbitrales de provincia. **5.** Desafíos de la virtualización del arbitraje. **5.1.** La inseguridad de la realización de las audiencias de prueba: declaraciones testimoniales y de sustentación de pericias o debate pericial. **5.2.** Preocupación de los usuarios del arbitraje virtual. **5.3.** El impacto en nivel de persuasión que pueden lograr los abogados de partes, los testigos y los peritos. **6.** Conclusiones.

Resumen: Las medidas de virtualización en el arbitraje se venían implementando a paso lento desde hace algunos años por los centros de arbitraje peruanos. Sin embargo, a partir de la crisis sanitaria producida por COVID-19, los centros de arbitraje peruanos –tomando el ejemplo de los principales centros arbitrales del mundo– han adaptado gran parte de sus procedimientos internos (notificaciones, audiencias, emisión de laudos, entre otros) a la virtualidad. En ese sentido, estos cambios han traído aparejados una serie de desafíos que nos llevan a repensar el sentido de la virtualización en el arbitraje.

Palabras Clave: virtualización, centros arbitrales, COVID-19, audiencia, prueba.

Virtual arbitration in Peru: a diagnostic of the current situation and some perspectives on its implementation

Abstract: Virtualization measures in arbitration have been slowly implemented for some years by the Peruvian arbitral institutions. However, since the outbreak of the COVID-19 crisis, the Peruvian arbitral institutions –following the example

of the main arbitral institutions in the world– have adapted a large part of their internal proceedings (notifications, hearings, awards, among others) to virtuality. In this vein, these changes have brought a series of challenges that lead us to rethink the meaning of virtualization in arbitration.

Keywords: virtualization, arbitral institutions, COVID-19, hearing, evidence.

1. Introducción

Hasta hace menos de una década la virtualización no estaba siquiera en el debate del arbitraje internacional. Si era alguna vez discutida era para solo tocar algunos puntos tangenciales que pudieran servir complementariamente a fases específicas del proceso arbitral. Todo esto ha cambiado radicalmente con el estallido de la crisis sanitaria producida por el virus COVID-19. Ciertamente algunos de los principales centros arbitrales del mundo ya estaban buscando adaptar parte de sus procesos a los nuevos tiempos y las principales encuestas de arbitraje en el mundo. Esto daba cuenta de que, aunque con reticencia, los usuarios paulatinamente se estaban adaptando al cambio. Sin embargo, la referida crisis sanitaria ha acelerado el proceso de la virtualización del arbitraje.

En el Perú, la adaptación a la virtualización se venía produciendo con mayor lentitud. En los últimos meses casi todos los procesos se han venido en los cuatro principales centros de arbitraje del país: la Cámara de Comercio de Lima (CCL), el Centro de Análisis y Resolución de Controversias de la Pontificia Universidad Católica de Perú (CARC PUCP), Cámara de Comercio Americana del Perú (AMCHAM Perú) y el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE). Desde audiencias hasta tomas de prueba, estos

cambios están desafiando cada una de las etapas del proceso arbitral tanto para los centros arbitrales como para los usuarios.

2. El uso de la tecnología en el arbitraje

2.1. La tecnología y el derecho

La tecnología puede definirse como el conjunto de procesos y métodos no humanos conseguidos a través de la investigación científica, que se centra en los procesos destinados al almacenamiento de información o conocimiento que tengan el objetivo de hacer funcionar máquinas o herramientas[1].

Existe una relación biunívoca entre la evolución de la tecnología y el derecho, tanto en los países de tradición romano-germánica como en los del *common law*[2]. La tecnología transforma y moderniza el derecho. En el arbitraje ocurre lo mismo. La tecnología transforma los procedimientos arbitrales, en algunos casos convirtiéndolos en más eficientes, en otros permitiendo su continuación.

El ritmo y la velocidad de su transformación dependen de su viabilidad económica, la decisión de los agentes que tienen la capacidad de influenciar y dirigir el cambio, y la respuesta de los agentes a este cambio.

2.2. La tecnología en el arbitraje: la forma escrita incluye a la electrónica

Una de las primeras manifestaciones de la tecnología en el arbitraje data de 1975, cuando en la Convención Interamericana

1. M. Domínguez Sánchez, "Las tecnologías de la información y la comunicación: sus opciones, sus limitaciones y sus efectos en la enseñanza", *Nómadas*, No. 8, 2003.
2. S. Gageller, "What is information technology doing to the common law?", *Australian Bar Review*, No. 39, 2014.

sobre Arbitraje Comercial Internacional de Panamá (Convención de Panamá) se introdujo la posibilidad de que el convenio arbitral conste en un telegrama o una comunicación por télex[3]. Luego, en 1985 la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Arbitraje Comercial Internacional (Ley Modelo CNUDMI) reguló esta misma posibilidad, al señalar que el requisito de la forma escrita del convenio arbitral se cumplía con la remisión de una comunicación electrónica entre las partes[4].

Esta misma lógica fue continuada por CNUDMI. En 1996, las Notas de CNUDMI sobre la Organización del Procedimiento Arbitral (Notas CNUDMI) regularon la posibilidad de que los árbitros y las partes se pudieran cursar notificaciones a través de medios de telecomunicación, tales como el telefax, llamadas a distancia u otros medios electrónicos. Todo esto en el contexto de decisión de la organización del arbitraje[5].

Asimismo, la forma de presentación y organización de documentos en un arbitraje también se adaptó a las nuevas tecnologías. La primera regulación al respecto la encontramos en las Notas CNUDMI de 1996, las cuales posibilitaban que las

---

3. Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de Panamá (1988), Artículo 1. "Es válido el acuerdo de las partes en virtud del cual se obligan a someter a decisión arbitral las diferencias que pudiesen surgir o que hayan surgido entre ellas con relación a un negocio de carácter mercantil. El acuerdo respectivo constará en el escrito firmado por las partes o en el canje de cartas, telegramas o comunicaciones por télex".
4. Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985), Artículo 7(2). "El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, *télex, telegramas u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo*, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato" (énfasis añadido).
5. Notas de CNUDMI sobre la Organización del Procedimiento Arbitral (2016). "Esas consultas, tanto si participan solo los árbitros como si incluyen también a las partes, podrán realizarse en una o más reuniones, así como por correspondencia o *medios de telecomunicación, como el telefax y las llamadas a distancia, o por otros medios electrónicos.* Las reuniones podrán celebrarse en el lugar del arbitraje o en algún otro lugar apropiado" (énfasis añadido).

partes intercambien documentos en forma electrónica a través de correo electrónico, discos magnéticos, discos ópticos, entre otros[6].

En esa misma línea, en 1999, las Reglas de la International Bar Association (IBA) sobre la Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional (Reglas IBA) reconocieron que un documento no solo era aquel que constaba impreso en papel, sino también podía ser aquel guardado en algún medio electrónico, de grabación visual o de audio, o en cualquier otro medio mecánico o electrónico de conservación o grabación de información[7].

Quince años después, en el 2014, la London Court of International Arbitration (LCIA) permitió en su reglamento arbitral que todas las comunicaciones emitidas por los tribunales arbitrales se pudieran registrar también a través de fax, correo electrónico o cualquier otro medio electrónico de telecomunicación que proporcione un registro de su transmisión[8].

El Singapore International Arbitration Centre (SIAC) replicó esta regulación en el 2016. Así, el artículo 2(1) de su reglamento arbitral contempló la notificación electrónica[9]. El

---

6. Ibídem, Lista de cuestiones que tal vez convenga considerar al organizar el procedimiento arbitral. "Telefax y otros medios electrónicos de enviar documentos. a) Telefax 35. b) Otros medios electrónicos (por ejemplo, correo electrónico, discos magnéticos u ópticos)".
7. Reglas de la International Bar Association (IBA) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional (2010), Artículo 1.
   "[…] 'Documento', significa un escrito de cualquier tipo, ya sea que esté impreso en papel, o guardado en algún medio electrónico, de grabación visual o de audio, o en cualquier otro medio mecánico o electrónico de conservación o grabación de información; […]".
8. Reglas de Arbitraje de la LCIA (2014), Artículo 4(1).
   "Cualquier notificación, citación o comunicación que se dirija a, o solicite una de las partes al amparo de este Reglamento, se realizará por escrito y se remitirá por *correo certificado o servicio de mensajería o por fax, télex*, correo electrónico o por cualquier otro sistema de telecomunicación que permita acreditar su envío" (énfasis añadido).
9. Reglas de Arbitraje SIAC (2016), Artículo 2(1).
   Traducción libre. "A los efectos de estas Reglas, cualquier notificación, comunicación o propuesta deberá realizarse por escrito.
   Cualquier aviso, comunicación o propuesta de este tipo se puede entregar en mano, por correo certificado o por servicio de mensajería, o transmitido por *cualquier forma de comunicación electrónica (incluido el correo electrónico y fax), o entregado por cualquier otro medio apropiado que proporcione un registro de su entrega*" (énfasis añadido).

Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI)[10] y el Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC)[11] hicieron lo propio, en los años 2017 y 2018, respectivamente.

2.3. Los recursos tecnológicos aplicados al arbitraje

Con el transcurrir de los años y la evolución de la tecnología, las aplicaciones tecnológicas ampliaron su espectro. Estas pasaron de utilizarse solo para notificaciones electrónicas a servir como herramientas para que las partes presenten mejor sus posiciones en audiencias arbitrales o para facilitar la revisión de la documentación.

Incluso, en determinadas industrias, como en la construcción, sus usos se extendieron a la adquisición de softwares que permitieran un mejor registro de las ocurrencias durante la ejecución de los proyectos de infraestructura, o la adquisición y utilización de softwares que facilitaran la revisión de la abundante documentación en la fase de preparación de un caso o de elaboración de pericias, en tanto permitían la aplicación de determinadas metodologías de análisis de daños.

---

10. Corte Internacional de Arbitraje, Reglamento de Arbitraje (2012), Artículo 3(1).
"Todas las notificaciones o comunicaciones de la Secretaría y del tribunal arbitral deberán hacerse a la última dirección de la parte destinataria o de su representante según haya sido comunicada por esta o por la otra parte. Dichas notificaciones o comunicaciones podrán efectuarse mediante entrega contra recibo, correo certificado, servicio de mensajería, *correo electrónico o por cualquier otro medio de telecomunicación que provea un registro del envío*" (énfasis añadido).
11. Reglas de Arbitraje Administrado de HKIAC (2018). Artículo 3(1).
Traducción libre. "Cualquier comunicación escrita de conformidad con estas Reglas se considerará recibida por un parte, árbitro, árbitro de emergencia o HKIAC si: a) comunicación dirigida a la dirección, fax número y / o dirección de correo electrónico comunicados por el destinatario o su representante en el arbitraje; o b) en ausencia de (a), comunicación dirigida a la dirección, número de fax y / o *dirección de correo electrónico* especificada en cualquier acuerdo aplicable entre las partes; o c) en ausencia de (a) y (b), comunicación dirigida a cualquier dirección, número de fax y / o *dirección de correo electrónico* que el destinatario presente en cualquier parte del mundo en el momento de dicha comunicación; o d) en ausencia de (a), (b) y (c), comunicación dirigida a cualquier última dirección conocida, número de fax y / o *dirección de correo electrónico* del destinatario; o e) comunicación cargada en cualquier repositorio en línea seguro que las partes hayan acordadoutilizar" (énfasis añadido).

Según la Guía sobre Recursos Tecnológicos para Profesionales del Arbitraje del Subcomité ARB 40 de la IBA, los recursos tecnológicos aplicables al ámbito arbitral son los siguientes[12]:

(i) Audio y videoconferencias para conectar a las partes, testigos, expertos, árbitros y abogados[13].

(ii) Plataformas para la recopilación, revisión y producción de documentos que permiten cargar, revisar, ordenar, codificar y producir datos desde una plataforma alojada en una única ubicación (como las instalaciones de un estudio de abogados o del cliente) o de forma remota a través de internet[14].

(iii) Programas para la gestión y transferencia de datos arbitrales que ayudan a alojar, administrar, organizar, clasificar y transferir documentos y presentaciones recopiladas o intercambiadas en un arbitraje[15].

(iv) Programas para la presentación de gráficos y evidencias que complementan los alegatos orales, ilustrando y resumiendo cuestiones del caso[16].

(v) Tecnología de realidad virtual (VR) y tecnología de la realidad aumentada (AR) para crear escenas artificiales que brindan la experiencia de estar presente en un entorno virtual. Ambas permiten llevar al tribunal a una 'visita' virtual a un lugar específico.

(vi) Aplicaciones con herramientas analíticas y mapas mentales para desarrollar, explorar y organizar hechos y argumentos; y, que a su vez ayudan a identificar las

12. IBA, *Technology Resources for Arbitration Practitioners,* <https://bit.ly/3oTw49w> (08/08/2020). La guía online sobre Recursos tecnológicos para profesionales del arbitraje del Subcomité ARB 40 de la IBA, es uno de los mayores referentes sobre los recursos/avances tecnológicos que actualmente están disponibles y pueden ser utilizados para aumentar o ayudar a que un arbitraje internacional sea más eficiente.
13. Plataformas utilizadas: Bluejeans, Cisco TelePresence, Loop-up, Skype o Zoom.
14. Plataformas utilizadas: Relativity, Ringtail and Nuix, Brainspace, KLDiscovery, NexLP, entre otras.
15. Programas utilizados: Affinitext, Case Map, Exhibit Manager, FileCloud, entre otros.
16. Programas utilizados: Power Point, Prezi, Impact Trial, RLM (TrialGraphix), SmartDraw, TrialTech, Z Axis, entre otros.

estrategias de casos, información crítica, patrones, relaciones, prioridades y tendencias[17].

(vii) Herramientas de ciberseguridad y privacidad de datos para mantener la seguridad y privacidad de los documentos e información intercambiada en un arbitraje. El estándar del nivel adecuado de seguridad y privacidad es fijado por la normativa aplicable a cada caso, el tribunal arbitral y las partes[18].

2.4. El uso de la tecnología en el arbitraje internacional antes de COVID-19

No obstante, no todos los recursos tecnológicos aplicables al arbitraje se utilizan en la misma medida. Según el 2018 International Arbitration Survey elaborado por Queen Mary University conjuntamente con White & Case LLP —la encuesta más reconocida a nivel internacional sobre las prácticas y tendencias más comunes en el arbitraje internacional—, las herramientas tecnológicas utilizadas en mayor medida por los agentes son aquellas que sirven para la elaboración de presentaciones multimedia y trascripciones o traducciones (73%), las videoconferencias (60%), y los programas de almacenamiento de datos (54%)[19].

Por su parte, los recursos tecnológicos disponibles, pero menos utilizados fueron la inteligencia artificial (12%) y las audiencias virtuales (8%). En el primer caso, entendemos que responde a la automatización de la revisión de data que excluye al factor humano, lo que aún genera

17. Aplicaciones utilizadas: Brainspace, Legal Analytics (Lex Machina), Courtroom Visuals, Ross Intelligence, TreAge Pro, entre otras.
18. Medidas de seguridad comúnmente utilizadas: métodos de transferencia segura de datos, cifrado, protección con contraseñas, funciones de eliminación o destrucción remota, sistemas de seguridad en computadoras personales.
19. Queen Mary University & White & Case, *2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration,* <https://bit.ly/3mQe5yK> (14/08/2020).

resistencias y desconfianzas. En el segundo caso, asumimos que se debía a la necesidad de implementar medidas de ciberseguridad y otras que permitieran asegurar que las audiencias, especialmente las probatorias, se condujeran con transparencia.

A continuación, insertamos el gráfico estadístico que expresa la información antes mencionada:

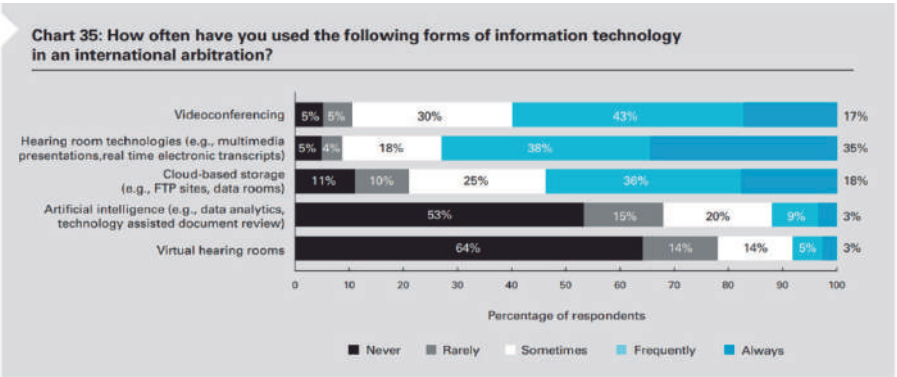

Figura 1: Herramientas tecnológicas más utilizadas en arbitraje[20]

Gracias al uso de la tecnología, en las formas antes mencionadas, se facilitó la presentación de la información, documentación y las posiciones de las partes, el almacenamiento de la documentación, y la realización de audiencias arbitrales de organización del proceso.

Este último dato se desprende y deduce del gráfico anterior, a partir de la distinción entre las *videoconferencias* y las audiencias virtuales e, incluso, del *arbitraje virtual*. Las videoconferencias son utilizadas para la realización de las audiencias de fijación de las reglas que regirán el arbitraje. Ante la distinta ubicación geográfica de los participantes, es bastante frecuente que esta audiencia se celebre remotamente a través de videoconferencias. Por otro lado, las audiencias virtuales son audiencias arbitrales para la actuación probatoria

20. Ibídem.

(sea de declaraciones testimoniales, de debate o sustento de pericias) realizadas mediante medios electrónicos. En estos últimos casos, la práctica más extendida era que las personas convocadas a una audencia de actuación probatoria se trasladaran y encontraran en una determinada locación, realizándose estas audiencias en persona.

2.5. Arbitraje virtual v. virtualización del arbitraje

A raíz de este contexto en el cual se utilizan mayores recursos electrónicos en el arbitraje se vienen utilizando indistintamente los términos *arbitraje virtual* y la *virtualización del arbitraje* como si fueran sinónimos. En este punto, resulta pertinente explicar en qué consiste cada una de estas figuras, en la medida que permite identificar en qué fase de evolución tecnológica se encuentra el arbitraje.

La *virtualización del arbitraje* alude al uso de la tecnología o recursos tecnológicos para la realización de algunas actuaciones arbitrales. Las actuaciones arbitrales restantes, principalmente la actuación de pruebas, se realizan ante la presencia física de las partes, los árbitros, testigos y peritos, cuando corresponda.

Así pues, la mera presencia de la tecnología en un arbitraje[21] como una herramienta, en alguna de las aplicaciones anteriormente mencionadas no convierte el arbitraje en uno virtual. En este, a diferencia de lo que ocurre en uno convencional, *todo el proceso* es llevado de manera remota a través de medios electrónicos, simplificándose y agilizándose gracias al uso de la tecnología. En otras palabras, "los árbitros y los sujetos procesales utilizan el ordenador y la tecnología de

21. M. Scherer, "Artificial Intelligence and Legal Decision-Making: The Wide Open? Study on the Example of International Arbitration", *Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper,* No. 318, 2019.
"*Importantly, this differs from the discussion around online arbitration, which generally refers to proceedings for which processes are streamlined thanks to the use of technology, such as electronic filings, but where the decision-making itself is still by human arbitrators*".

las comunicaciones para realizar ciertas actuaciones a distancia, es decir, no en forma presencial"[22]. Para tales efectos, los centros arbitrales se sirven de sistemas de gestión de arbitrajes virtuales (plataformas), permiten la presentación electrónica de documentos y la realización de videoconferencias para la realización de todas las arbitrales.

Es decir, dependiendo del uso y de las aplicaciones que la tecnología tenga en un arbitraje, podemos estar frente a: **(i)** la tecnología como una herramienta que facilita la preparación del caso, la presentación de las posiciones de las partes ante el tribunal arbitral, así como el almacenaje de la documentación; **(ii)** la *virtualización del arbitraje* cuando gran parte de la realización del arbitraje se vale de herramientas tecnológicas, excepto cuando de actuación de medios probatorios o de audiencias con contenido sustantivo se trate; y **(iii)** el *arbitraje virtual*, en el cual todo el proceso es conducido a través de audiencias remotas, incluyendo la actuación de pruebas y atención de temas sustantivos, gracias a la utilización de mayores herramientas tecnológicas. En este último punto incluso se discute si es que las decisiones resolutivas de controversias son efectuadas por árbitros o mediante sistemas de automatización tecnológicos.

3. El uso de la tecnología en los arbitrajes peruanos

3.1. Antes de COVID-19

En el Perú, el uso de la tecnología en el arbitraje se viene incrementando paulatinamente. La primera vez que se reguló su uso fue en 1996, a través de la actualmente derogada Ley No. 26572 (Ley General de Arbitraje). Esta permitía el uso de

22. J. Merino, *El Pacto de Arbitraje en la Sociedad de la Información*, <https://bit.ly/3mOvJD5> (13/08/2020).

medios electrónicos para la forma del convenio arbitral[23] y la realización de notificaciones[24], para lo que las partes podrían utilizar cable, télex, facsímil o medios similares.

Luego, con el objetivo de ajustar la regulación a los últimos avances en el arbitraje internacional y a los estándares comúnmente aceptados[25], se emitió el Decreto Legislativo No. 1071 que norma el arbitraje[26]. Este mantuvo la regulación respecto a la forma del convenio arbitral y a las notificaciones, pero actualizó la referencia a los recursos tecnológicos a utilizarse[27].

En los últimos años, los centros de arbitraje –nacionales e internacionales– han implementado en mayor medida el uso de recursos electrónicos para algunas de sus actuaciones arbitrales. Por ello, para detallar el uso de medios electrónicos en el arbitraje hay que remitirse a los reglamentos de los principales centros de arbitraje peruanos, a saber: el CCL, el CARC PUCP, AMCHAM Perú y el Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE (SNA-OSCE).

Es necesario precisar que el SNA-OSCE es un régimen institucional de arbitraje especializado para la solución de

---

23. Ley No. 26572 (Ley General de Arbitraje), Artículo 98, 06/01/1996. "Artículo 98.- Definición y forma del convenio arbitral: […] El convenio arbitral deberá constar por escrito. Se entenderá que el convenio arbitral es escrito cuando esté consignado en un único documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, cables, télexes, que dejen constancia documental del acuerdo o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un convenio arbitral sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra".
24. Ídem, Artículo 8. "Artículo 8.- Recepción de comunicaciones escritas: […] Serán válidas las notificaciones por cable, télex, facsímil o medios similares que inequívocamente dejen constancia de la comunicación, salvo que lo contrario estuviera previsto en el convenio arbitral o en el reglamento de la institución arbitral".
25. Presidencia del Consejo de Ministro del Perú, *Exposición de motivos del Decreto Legislativo* No. 1071, <https://bit.ly/2I5bWjW> (09/08/2020).
26. Decreto Legislativo No. 1071, 01/09/2008.
27. El artículo 55 actualizó la referencia de los recursos a utilizarse, haciendo referencia a cualquier medio de telecomunicación electrónico, telemático o de otra clase semejante que permita el envío y la recepción de escritos y documentos. Además, cambió la forma del laudo, señalando que se entiende que este consta por escrito cuando de su contenido y firmas quede constancia y sean accesibles para su ulterior consulta en soporte electrónico.

controversias derivadas de contrataciones con el Estado[28]. En ese sentido, su Reglamento es aplicable a los arbitrajes que contienen controversias derivadas de procesos de contratación pública de bienes, servicios, consultorías u obras realizadas por el estado[29].

El siguiente cuadro muestra cuál era la práctica para la realización de determinados actos o actuaciones arbitrales, en base a lo regulado en los reglamentos arbitrales de las referidas instituciones, antes de que se desencadenara la crisis sanitaria mundial.

Antes de COVID-19				
	CCL	**CARC - PUCP**	**AMCHAM Perú**	**SNA-OSCE**
Presentación de solicitud arbitral [30]	Física	Física	Física	No precisa
Notificaciones [31]	Física, postal o virtual (correo electrónico)	Física, postal o virtual (correo electrónico)	Virtual (correo electrónico)	Física o virtual (previa autorización expresa y por escrito)
Audiencia de inicio de arbitraje[32]	Conferencia (Física o virtual)	No precisa	No precisa	Física

28. J. Gallardo Aguilar, *El sistema nacional de arbitraje del OSCE*, <https://bit.ly/2TPY8w3> (09/08/2020).
29. Texto Único Ordenado de la Ley No. 30225, Ley de Contrataciones del Estado. Artículo 1, 13/03/2019.
30. Véase, Artículo 5 del Reglamento de la CCL; Artículo 12 del Reglamento de arbitraje del CARC PUCP; Artículo 11 del Reglamento de Arbitraje de AMCHAM Perú; Artículo 8(2)(8) del Reglamento SNA-OSCE (Directiva No. 024-2016-OSCE/CD).
31. Véase, Artículo 3 del Reglamento CCL; Artículo 8 del Reglamento CARC PUCP; Artículo 59 del Reglamento de Arbitraje de AMCHAM Perú; Artículo 8(2)(5) del Reglamento SNA-OSCE (Directiva No. 024-2016-OSCE/CD).
32. Véase, Artículos 23 y 26 del Reglamento CCL; Artículo 49 del Reglamento CARC-PUCP; Artículo 5 del Reglamento de Arbitraje de AMCHAM Perú; y Artículo 8(3)(17) del Reglamento SNA-OSCE (Directiva No. 024-2016-OSCE/CD).

Presentación de Demanda y Contestación Arbitral[33]	Física	Física	Física	Física
Audiencias de Pruebas[34] (Debates o sustentaciones de pericias y toma de declaraciones testimoniales)	Física o virtual (solo para testigos y peritos)	Física	Física o virtual	Virtual
Notificación de Laudo[35]	Por escrito	Por escrito	No precisa	Física

Figura 2: Actuaciones arbitrales de los centros de arbitraje peruanos antes el COVID-19.

Así, la práctica general era que la mayoría de las actuaciones se realizaran de manera física, a excepción de las notificaciones; siendo la CCL la institución arbitral que permitía un mayor uso de la tecnología en sus actuaciones arbitrales. A continuación, se explica en detalle las principales tendencias en la forma de llevarse a cabo las actuaciones claves en un arbitraje, a la luz de lo regulado en los centros arbitrales antes mencionados.

3.2. Las actuaciones arbitrales virtuales

3.2.1. Las notificaciones

Las notificaciones podían realizarse de manera física o virtual, ante el domicilio consignado por las partes para dichos

33. Véase, Artículo 24 del Reglamento de la CCL; Artículo 44 del Reglamento CARC PUCP; Artículo 28 del Reglamento de Arbitraje de AMCHAM Perú; y Artículo 8(3)(1) del Reglamento SNA-OSCE (Directiva No. 024-2016-OSCE/CD).
34. Véase, Artículo 30 del Reglamento de la CCL; Artículo 49 Reglamento de CARC PUCP; Artículo 31 del Reglamento de Arbitraje de AMCHAM Perú; y Artículo 8(3)(16)(g) del Reglamento SNA-OSCE (Directiva No. 024-2016-OSCE/CD).
35. Véase, Artículo 3 del Reglamento CCL; Artículo 8 Reglamento CARC PUCP; Artículo 59 del Reglamento de Arbitraje de AMCHAM Perú; Artículo 8(2)(5) del Reglamento SNA-OSCE (Directiva No. 024-2016-OSCE/CD).

efectos. La CCL, el CARC-PUCP y el SNA-OSCE otorgaban discrecionalidad a las partes para decidir la forma en la que serán notificadas. Por su parte, AMCHAM Perú regulaba expresamente que, luego de instalarse el tribunal arbitral, todas las notificaciones se realizarían por correo electrónico[36].

3.2.2. Audiencias de inicio o de instalación

Esta audiencia de inicio solo era regulada por algunos centros arbitrales, entre los cuales no había unanimidad respecto de la forma en la que se realizaría; a fin que las partes y los árbitros fijaran las reglas sobre la organización, conducción y el calendario de las actuaciones arbitrales. Por un lado, el CARC PUCP y AMCHAM Perú no regulaban la realización de una audiencia de inicio o de instalación, otorgando únicamente a los árbitros la facultad de fijar un calendario o cronograma para las actuaciones arbitrales. Por otro lado, los centros que regulaban expresamente este tipo de audiencias eran la CCL, que contemplaba su realización a través de una conferencia entre las partes y los árbitros, y el SNA-OSCE, que requería que se realizara de forma física[37].

3.3. Las actuaciones arbitrales que requerían la presencia física

3.3.1. Solicitudes de arbitraje

Según la ley de arbitraje peruana, la solicitud de arbitraje es el documento que inicia el arbitraje. Se dirige a la secretaría del centro, generalmente, suele presentarse de manera física.

36. Véase, Artículo 3 del Reglamento de Arbitraje 2017 del CCL; Artículo 8 del Reglamento CARC PUCP; Artículo 59 del Reglamento del Centro de Arbitraje de AMCHAM Perú; Artículo 8(2)(5) del Reglamento del SNA-OSCE (Directiva No. 024-2016-OSCE/CD).
37. Véase, Artículo 23 del Reglamento de Arbitraje 2017 del CCL; Artículo 49 del Reglamento CARC PUCP; Artículo 59 del Reglamento del Centro de Arbitraje de AMCHAM Perú; Artículo 8(3)(17) del Reglamento del SNA-OSCE (Directiva No. 024-2016-OSCE/CD).

Así, la CCL, el CARC PUCP y AMCHAM Perú regulaban su presentación física, por escrito y ante la secretaría correspondiente, mientras que el SNA-OSCE no regulaba su presentación, pues el arbitraje en estos casos se iniciaba con la presentación de la demanda por la parte interesada[38].

3.3.2. Demanda arbitral y contestación

La práctica generalizada era que la demanda arbitral y la contestación de demanda se presentaran en físico. Al regular su presentación, la CCL, el CARC-PUCUP y AMCHAM Perú hacían referencia a la presentación de la demanda arbitral y de la contestación. Por ello, y siendo que los reglamentos de los referidos centros han regulado la presentación de cualquier escrito o documento de manera física; la demanda y contestación también debían seguir esta forma[39].

3.3.3. Audiencias de pruebas

La práctica peruana respecto de la realización de las audiencias de pruebas era que se realizaran presencialmente. Esta misma tendencia se aprecia en el arbitraje internacional. En efecto, la ley de arbitraje peruana regulaba implícitamente la libertad de forma de realización de las audiencias de pruebas. Así, las audiencias de pruebas en los arbitrajes peruanos se llevaban a cabo con la asistencia de todos los participantes (árbitros, abogados de parte, testigos, peritos, traductores, entre otros).

Los centros que prevén la realización de una audiencia de pruebas virtual son la CCL, AMCHAM Perú y el SNA-OSCE.

38. Véase, Artículo 5 del Reglamento de Arbitraje 2017 del CCL; Artículo 12 del Reglamento CARC PUCP; Artículo 11 del Reglamento del Centro de Arbitraje de AMCHAM Perú; Artículo 8(2)(8) del Reglamento del SNA-OSCE (Directiva No. 024-2016-OSCE/CD).
39. Véase, Artículo 24 del Reglamento de Arbitraje 2017 del CCL; Artículo 44(a) del Reglamento CARC PUCP; Artículo 28(a) del Reglamento del Centro de Arbitraje de AMCHAM Perú; Artículo 8(3)(1) del Reglamento del SNA-OSCE (Directiva No. 024-2016-OSCE/CD).

El SNA-OSCE regula expresamente la realización de una audiencia probatoria virtual; la CCL sigue el mismo criterio, pero limita su realización solo para los casos en los que se realicen declaraciones o interrogatorios de testigos o peritos. En el caso de AMCHAM Perú no hay regulación expresa, pero el centro precisó[40] que la libertad para que los árbitros determinen el lugar de la audiencia incluye la posibilidad de que esta se realice en un espacio o localización virtual[41]. Este no es el caso del CARP-PUCP, que requiere que la audiencia de pruebas se realice con la *asistencia* de las partes.

3.3.4. Notificaciones de laudo y la firma

La regulación sobre la forma del laudo arbitral es unánime. Este debe constar por escrito y ser firmado por todos los árbitros. Sin embargo, existen diferencias en torno a su notificación a las partes. La CCL, el CARC-PUCP y AMCHAM Perú establecían que los árbitros debían entregar el laudo a la secretaría y esta se encargaría de notificarlo en las direcciones que las partes consignaron (físicas o electrónicas). El SNA-OSCE establecía la misma regla, con la particularidad que los árbitros debían remitir un "número de ejemplares suficientes" del laudo, evidenciándose que cada parte sería notificada de manera física con un ejemplar del laudo[42].

3.4. La suspensión de los arbitrajes a raíz de COVID-19

El 15 de marzo de 2020, el Estado peruano suspendió el acceso del público a los locales y establecimientos de actividades

40. Guía de Arbitrajes Virtuales de AMCHAM Perú, Numeral 5, <https://bit.ly/3em8xJi> (12/08/2020).
41. Véase, Artículo 30(6)(a) del Reglamento de Arbitraje 2017 del CCL; Artículo 49 del Reglamento CARC PUCP; Artículo 31 del Reglamento del Centro de Arbitraje de AMCHAM Perú; Artículo 8(3)(16)(g) del Reglamento del SNA-OSCE (Directiva No. 024-2016-OSCE/CD).
42. Véase, Artículo 37(1)(6) del Reglamento de Arbitraje 2017 del CCL; Artículo 55 y 57 del Reglamento CARC PUCP; Artículo 40 y 42 del Reglamento del Centro de Arbitraje de AMCHAM Perú; Artículo 8(3)(26) del Reglamento del SNA-OSCE (Directiva No. 024-2016-OSCE/CD).

comerciales[43], incluyendo en este cese a las actividades realizadas por los centros de arbitraje. En este escenario, los centros arbitrales peruanos, entre los principales la CCL[44], el CARCP PUCP[45], el Centro de Arbitraje de AMCHAM Perú[46] y el SNA-OSCE[47] optaron por la suspensión de los plazos y de las actuaciones arbitrales.

En ese sentido, la suspensión de los arbitrajes en curso respondía a diversas razones. En primer lugar, la imposibilidad de realizar audiencias arbitrales físicas en las instalaciones de los centros de arbitraje, y el tiempo que requerían los centros arbitrales para la implementación de las plataformas virtuales y los protocolos correspondientes para la realización de las audiencias de manera remota.

En este sentido, por ejemplo, el CARC PUCP en la Nota Inicial Explicativa del Protocolo de Atención de los Servicios del CARC PUCP en el Marco del Estado de Emergencia por COVID-19 señaló que la suspensión "atendía a la necesidad de la reorganización del servicio de arbitraje que brindaban

---

43. Decreto Supremo No. 044-2020-PCM. Artículo 7(1), 15/03/2020.
"Dispóngase la suspensión del acceso al público a los locales y establecimientos, a excepción de los establecimientos comerciales minoristas de alimentación, bebidas, productos y bienes de primera necesidad, establecimientos farmacéuticos, médicos, ópticas y productos ortopédicos, productos higiénicos, grifos y establecimientos de venta de combustible. Se suspende cualquier otra actividad o establecimiento que, a juicio de la autoridad competente, pueda suponer un riesgo de contagio".
44. CCL, *Comunicado del 15 de marzo de 2020*, <https://bit.ly/3kQhD3z> (10/08/2020). El Centro suspendió los plazos y las diligencias programadas. Su secretaría y los secretarios arbitrales continuaron trabajando de manera remota.
45. CARC PUCP, *CARC PUCP,* <https://bit.ly/3mVz7wd> (10/08/2020). El Centro suspendió sus actividades y los plazos de sus arbitrajes en atención al aislamiento social obligatorio y a la necesidad de reorganizar el servicio de arbitraje brindado por los árbitros y el Centro.
46. AMCHAM Perú, *Comunicado a los usuarios del Centro de Arbitraje*, <https://bit.ly/34SnE-XN> (10/08/2020). El Centro suspendió audiencias, reuniones y presentación de escritos en sus instalaciones por el cierre de oficinas ordenado en el Decreto Supremo No. 044-2020-PCM, no obstante, continuaría brindado sus labores de manera remota.
47. Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, *Comunicado N°008-2020: Sobre mecanismo excepcional de recepción de documentación escrita para presentación de demandas ante el SNA-OSCE*, <https://bit.ly/3mKdQoQ> (10/8/2020). Suspendió todos los plazos aplicables a sus procedimientos arbitrales para disminuir el riesgo de propagación del COVID-19 sin afectar la economía o derechos de sus usuarios, administrados y ciudadanos en general. Excepcionalmente y solo para iniciar un arbitraje bajo su jurisdicción, se aceptará el envío de la demanda y sus anexos a través del correo electrónico institucional habilitado.

los árbitros y el Centro con el objetivo que pueda ser realizado de manera eficaz y eficiente"[48].

En segundo lugar, las partes alegaron no contar con los expedientes arbitrales virtuales. Aunque esto se apreció con mayor frecuencia en los arbitrajes de contratación estatal[49] también fue un inconveniente que encontraron algunos estudios de abogados que no contaban con la documentación digitalizada, y tampoco podían acceder a los expedientes físicos ya que se encontraban en las oficinas de las empresas (clientes), estudios de abogados, entre otros, y el libre tránsito quedó proscrito[50].

3.5. Los cambios introducidos ante la nueva realidad

Ante la autorización de la reanudación de actividades jurídicas[51], los centros de arbitraje anteriormente referidos reorganizaron la gestión y el manejo de los arbitrajes[52] e informaron[53] una serie de medidas adoptadas para la virtualización de actos o actuaciones arbitrales. Ahora, estas podrían realizarse de forma remota, a través de medios

---

48. CARC PUCP, *Protocolo de atención de los servicios del CARC PUCP en el marco del Estado de Emergencia por COVID 19,* <https://bit.ly/388WbU0> (14/08/2020).
49. Si bien aún no existe data oficial respecto de este fenómeno, los secretarios arbitrales generales de CCL, CARC PUCP y AMCHAM Perú informaron ante el Comité Peruano de Arbitraje de la ICC Perú, que la mayoría de los arbitrajes no se habían reanudado pese a contar con plataformas virtuales que permitían la realización de audiencias virtuales, debido a la resistencia de las partes, quienes alegaron no contar con expedientes virtuales del caso.
50. M. Reggiardo, *El arbitraje virtual del COVID-19 en Perú*, <https://bit.ly/3jOYKg4> (29/05/2020).
51. Decreto Supremo No. 101-2020-PCM, 04/06/2020.
52. CARC PUCP, N. 48. El Centro informó que habiendo transcurrido 90 días desde la suspensión original de plazos, reorganizó totalmente los diversos servicios sobre mecanismos de resolución de conflictos, especialmente el servicio de arbitraje, adecuándolos a las necesidades actuales de protección a la salud que exige a todos el propiciar condiciones de máxima seguridad sanitaria, así como también para que los intervinientes en los arbitrajes puedan tener acceso a las actuaciones arbitrales, ser notificadas con estas y contar con todas las herramientas y reglas necesarias para poder defender sus intereses.
53. Véase, por ejemplo, la Nota Práctica No. 1/2020 para la implementación de medios virtuales de la CCL; Protocolo de atención de los servicios del CAPC-PUCP; Guía de Arbitrajes Virtuales de AMCHAM Perú; y el Comunicado No. 008-2020 sobre mecanismo excepcional de recepción de documentación escrita para presentación de demandas ante el SNA-OSCE.

electrónicos. Ante dicha posibilidad, los centros invitaron a sus usuarios a continuar con el trámite de los procesos pendientes o iniciar nuevos[54].

El siguiente cuadro muestra la nueva forma, la nueva regulación, en la que se pueden realizar determinados actos o actuaciones arbitrales, según lo establecido en la Nota Práctica No. 1/2020 de la CCL, el Protocolo de atención de los servicios del CARC-PUCP, la Guía de Arbitrajes Virtuales de AMCHAM Perú y el Comunicado No. 008-2020 del SNA-OSCE.

A partir de COVID-19				
	CCL	**CARC - PUCP**	**AMCHAM Perú**	**SNA-OSCE**
Presentación de solicitud arbitral[55]	Virtual	Virtual	Virtual	No aplica
Notificaciones[56]	Virtual	Virtual o física (excepción)	Virtual	No aplica
Audiencia de inicio de arbitraje[57]		Virtual	Virtual	No aplica
Presentación de Demanda y Contestación Arbitral[58]	Virtual	Virtual	Virtual	Virtual

54. La Ley Peruana de Arbitraje no regula el uso de medios electrónicos para realizar actuaciones arbitrales, pero su artículo 31 le otorga a los árbitros la facultad de organizar a su discrecionalidad las actuaciones arbitrales. Por ello, a nivel legislativo no existe un impedimiento para la continuación de los arbitrajes mediante medios electrónicos.
55. Véase, numeral 1 de la Nota Práctica No. 1/2020 para la implementación de medios virtuales de la CCL; el numeral 1 del Protocolo de atención de los servicios del CAPC PUCP y el numeral 2 de la Guía de Arbitrajes Virtuales de AMCHAM Perú.
56. Véase, numeral V(A) de la Nota Práctica No. 1/2020 para la implementación de medios virtuales de la CCL; numeral 3 del capítulo 1 del Protocolo de atención de los servicios del CAPC PUCP y numeral 1 de la Guía de Arbitrajes Virtuales de AMCHAM Perú.
57. Véase, numeral 2 del capítulo 2 del Protocolo de atención de los servicios del CAPC PUCP y numeral 5 de la Guía de Arbitrajes Virtuales de AMCHAM Perú.
58. Véase, numeral V(C) de la Nota Práctica No. 1/2020 para la implementación de medios virtuales de la CCL; numeral 2 del Capítulo 1 del Protocolo de atención de los servicios del CAPC PUCP; numeral 5 de la Guía de Arbitrajes Virtuales de AMCHAM Perú; numeral 1 del Comunicado No. 008-2020 sobre mecanismo excepcional de recepción de documentación escrita para presentación de demandas ante el SNA-OSCE.

Audiencias de Pruebas (Debates o sustentaciones de pericias y toma de declaraciones testimoniales)[59]	Virtual	Virtual	Virtual	No aplica
Notificación de Laudo[60]	Virtual	Virtual	Virtual	No aplica

Figura 3: Actuaciones arbitrales de los centros de arbitraje peruanos después del COVID-19.

Como se aprecia, la ocurrencia de la crisis sanitaria aceleró el proceso de la virtualización de los arbitrajes peruanos. Antes del COVID-19 en términos generales las audiencias de pruebas, las cuales son las más relevantes en un arbitraje, se realizaban de manera física. Los centros de arbitraje no estaban preparados logísticamente para brindar este servicio a los usuarios. En consecuencia, sus reglamentos no promovían la realización de las audiencias de pruebas virtuales; y las partes y los árbitros (salvo aquellos que participaban en arbitrajes internacionales) no estaban familiarizados con esta práctica.

Sin embargo, la suspensión de los arbitrajes, la necesidad de las partes de reanudar sus arbitrajes, y la necesidad de los centros arbitrales de continuar con la prestación de sus servicios, impulsaron un cambio de perspectiva principalmente de los centros arbitrales, quienes modificaron o se encuentran en proceso de modificación de sus reglamentos y elaboraron protocolos con el propósito de promover la realización de mayores actuaciones arbitrales virtuales, incluyendo la realización de las audiencias de pruebas.

59. Véase, numeral V(B) de la Nota Práctica No. 1/2020 para la implementación de medios virtuales de la CCL; numeral 2 del Capítulo 2 del Protocolo de atención de los servicios del CAPC PUCP; y el numeral 5 de la Guía de Arbitrajes Virtuales de AMCHAM Perú.
60. Véase, numeral V(A) de la Nota Práctica No. 1/2020 para la implementación de medios virtuales de la CCL; numeral 3 del capítulo 1 del Protocolo de atención de los servicios del CAPC PUCP y numeral 6 de la Guía de Arbitrajes Virtuales de AMCHAM Perú.

Ahora, las plataformas electrónicas tales como Zoom, Meet, entre otras, son utilizadas no solo para reuniones de trabajo, sino también para la realización de audiencias arbitrales. Por otro lado, la revisión de los documentos se realiza cada vez más digitalmente, y las solicitudes de arbitraje, de contestación arbitral, demandas y contestación de demandas, entre otros escritos que las partes requieran presentar, se presentan y tramitan virtualmente.

Finalmente, la distancia geográfica ha perdido fuerza. Dado que las actuaciones arbitrales son virtuales las partes se animan a designar árbitros extranjeros y a ofrecer declaraciones testimoniales de personas que no se encuentran físicamente en la misma ubicación. En otras palabras, las fronteras han perdido fuerza para estos efectos, permitiendo la aparición de otros beneficios altamente deseados por las partes, reducir los costos asociados a la realización de los arbitrajes y reducir los tiempos de su duración.

4. Perspectivas y aplicación práctica de la tecnología en el arbitraje peruano

A partir de lo anterior, es posible sostener que Perú se encuentra viviendo la era de la virtualización del arbitraje. Cada vez más, las partes, los árbitros y los centros arbitrales se valen de herramientas tecnológicas para la realización de un arbitraje. Se trata de prácticas simples que facilitan el desarrollo del proceso arbitral, pues permiten superar las barreras impuestas naturalmente por las diferentes ubicaciones geográficas de las partes, las diferencias de zonas horarias, y otras barreras para la realización de gestiones presenciales, etcétera.

A continuación, explicaremos los principales cambios que se avizoran en la realización de los arbitrajes en Perú.

4.1. Se permitirá la presentación de escritos de solicitud de arbitraje, contestación y escritos postulatorios virtuales

Muchos actos de gestión del arbitraje se realizan actualmente de manera electrónica. Ese es el caso de los memoriales o escritos de demanda y contestación de demanda. Como se ha señalado anteriormente, los reglamentos de arbitraje de la CCI, CARC PUCP, AMCHAM Perú y el SNA-OSCE disponen que las notificaciones se pueden realizar a través de correo electrónico.

Se trata de una práctica sencilla pues solo es necesario que las partes, árbitros y secretarios arbitrales consignen una dirección de correo electrónico en la que puedan recibir estas notificaciones. En realidad, la notificación mediante correo electrónico tiene un alto grado de eficiencia pues permite el acceso a todo escrito o comunicación, de manera remota, a un bajo costo.

Un caso más interesante es el de la notificación de la solicitud de arbitraje. Este acto solía realizarse de manera física, en atención a los derechos procesales de la otra parte –en específico, al derecho a ser notificado adecuadamente–. En efecto, al ser la solicitud de arbitraje el acto por medio del cual se da inicio al arbitraje, se requería certeza de que su notificación sea correctamente realizada.

Ahora bien, los cambios introducidos por el distanciamiento social durante la pandemia han evidenciado que la presentación y notificación de la solicitud de arbitraje se puede realizar de manera electrónica, a través de la dirección electrónica del demandado[61]. Con ello, los usuarios del arbitraje

61. CARC PUCP, N. 48. Por ejemplo, el CARC PUCP estableció que esta notificación se realiza, primero, **(i)** en la dirección de correo electrónico que consigna el demandante, **(ii)** en la que se derive de los documentos que dieron origen a la controversia o **(iii)** en la dirección electrónica institucional. Luego, en el caso de que el demandado no responda a la solicitud arbitral en el plazo previsto, el centro realiza una única notificación a la dirección física de la demandante consignada en el contrato que da origen a la controversia.

ganan celeridad, eficacia y una significativa reducción de tiempos y costos del arbitraje.

Pese a los beneficios antes señalados, este cambio en la forma de realizar las notificaciones conlleva como desafío la verificación de que las notificaciones sean efectivamente recibidas por los destinatarios. Debido a distintas razones, se podrían presentar problemas en la recepción de las notificaciones, lo cual podrá dar lugar a una vulneración del derecho fundamental al debido proceso de las partes, o a problemas de coordinación entre los árbitros, las partes y el centro arbitral.

Ante dicha situación, una solución práctica, a implementarse en adelante, consistiría en requerir a las partes la consignación de un domicilio electrónico en el convenio arbitral –contenido en el contrato del que se deriva la controversia– o al momento de conciliar.

Asimismo, en el convenio arbitral[62], las partes pueden determinar distintos aspectos del arbitraje (sede, idioma, número de árbitros, competencia de algún centro de arbitraje, entre otros), por lo que es totalmente viable que también puedan fijar una dirección electrónica que como un canal de notificación principal para ambas. De hecho, esta recomendación ha sido mencionada en varios eventos sobre arbitraje y tecnología, que se realizaron en Perú.

Otra de las soluciones es que las partes, al momento de realizar la conciliación necesaria antes de iniciar el arbitraje –como en el caso de los arbitrajes de contratación estatal–, consignen una dirección electrónica en el "Acta de Conciliación" como un canal de comunicación oficial. Para

62. El artículo 13(1) del Decreto Legislativo No. 1071 que norma el arbitraje lo define como el "acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza".

imponer esta obligación, además del pacto de las partes quizás resulte necesario incluso modificar el contenido del Acta de Conciliación, establecido en el artículo 21 del Reglamento de la Ley No. 26872[63], estableciendo el deber de consignar una dirección electrónica para notificaciones.

Lo cierto es que, en adelante las notificaciones de las actuaciones arbitrales o actos relacionados se realizarán principalmente de manera electrónica. Este cambio que se aprecia en los arbitrajes domésticos peruanos que se realizaban en Lima, servirá de ejemplo y se replicará en el corto o mediano plazo en provincias, quizás no precisamente motivados por la eficiencia y la celeridad, sino más bien por la presión que ejerce el mercado y la necesidad de continuar con la prestación de los servicios arbitrales. En cualquier caso, y más allá de las motivaciones subyacentes, este cambio genera más beneficios a los usuarios del arbitraje que perjuicios, y no representa mayor costo que una ruptura de paradigma y la adaptación a nuevas formas de hacer las cosas.

4.2. Los laudos podrán remitirse electrónicamente y con firma digitalizada

Al igual que la notificación de la solicitud de arbitraje y su contestación, los escritos de las partes, y las comunicaciones y decisiones del tribunal arbitral, los laudos también son actos que pueden ser notificados de manera electrónica. Los laudos son el producto de la actividad analítica y resolutiva de los árbitros. Este surte efectos desde la notificación hacia las partes.

En este orden de ideas, si las partes pueden acordar la forma de las notificaciones de las actuaciones arbitrales en

63. Reglamento de la Ley de Conciliación, aprobado por Decreto Supremo No. 004-2005-JUS, 28/06/2008.

términos generales, no existe razón para considerar que el laudo no podría también ser remitido electrónicamente.

Un laudo arbitral contiene la decisión final del tribunal arbitral sobre la controversia. En un contexto muy tradicionalista, el laudo es notificado por escrito, constando en él las firmas de los árbitros[64]. Estos son los requisitos formales impuestos por la ley peruana. En otras palabras, basta que el laudo conste por escrito y contenga la firma de los árbitros.

El requisito de constar por escrito no necesariamente debe ser entendido de manera física, no solo porque como ya se explicó en la parte introductoria la definición de lo escrito en el arbitraje tiene una concepción amplia, que se extiende a lo electrónico, sino además porque la ley de arbitraje no lo impone.

Sin embargo, la dificultad aparece cuando se intente ejecutar un laudo arbitral, ya que, para la ejecución de los laudos, los tribunales judiciales peruanos aplicarán las normas correspondientes a los títulos ejecutivos, los cuales aún no han sido modificados, pero se prevé que esta modificación tendrá lugar en el corto plazo; evitando así cualquier incongruencia, incompatibilidad o contradicción legislativa.

En el caso de la firma, la ley de arbitraje peruana tampoco señala que deba constar de manera física. En realidad, actualmente, la firma electrónica tiene el mismo valor que la firma física. Ya existe herramientas tecnológicas que permiten la verificación de validez de la firma a través de softwares que cada vez son menos costosos. Por tanto, en adelante será práctica común que el laudo puede contener solo la firma electrónica de los árbitros[65].

---

64. Decreto Legislativo No. 1071, N. 26, Artículo 55.
65. Todo laudo deberá constar por escrito y ser firmado por los árbitros, quienes podrán expresar su opinión discrepante. Cuando haya más de un árbitro, bastarán las firmas de la mayoría de los miembros o solo del presidente, según corresponda, siempre que se manifiesten las razones de la falta de una o más firmas.

4.3. La práctica de la notificación electrónica y el uso de plataformas virtuales de gestión de arbitrajes se extenderá a los centros arbitrales de provincia

Puede parecer que la notificación electrónica, así como el uso de plataformas virtuales de gestión arbitral son herramientas comunes y extendidas. Sin embargo, dicha percepción depende de la práctica arbitral bajo análisis.

En Perú, la práctica arbitral de la capital puede distar mucho de la práctica arbitral en las provincias. La realidad peruana, así como de muchos países de Latinoamérica, es que existe una gran diferencia respecto a las prácticas realizadas en las principales ciudades, a aquellas desarrolladas en las ciudades más pequeñas. En Perú, el arbitraje en provincia tiende a ser mucho más tradicionalista. Los centros de arbitraje de provincia suelen realizar las actividades de gestión del arbitraje de manera física, es decir, haciendo uso principal del papel y no de los medios electrónicos.

El uso de los correos electrónicos en el arbitraje no es muy difundido en las provincias peruanas, menos aún lo son las plataformas virtuales. Ello se debe a que los centros de arbitraje de provincia no han implementado estas plataformas. Desconocemos las razones de ello.

Sin embargo, ante en el contexto actual, dicha práctica debe, puede y –estamos seguros– va a cambiar. La razón es simple, y ya la adelantamos, ante el contexto actual de pandemia, quien no se actualiza, pierde competitividad en el mercado. Los centros de arbitraje de provincia también se deben adaptar al cambio, pues, si no lo hacen, los usuarios de arbitraje pueden optar por recurrir a otros centros de arbitraje o, en su defecto, postergar las actuaciones arbitrales. Esta última alternativa causaría gran perjuicio a los centros de arbitraje, ya que disminuiría sus ingresos.

Algunos centros de arbitraje de provincia ya han dado este paso. Por ejemplo, el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cusco ya ha establecido los lineamientos para la continuación de los procesos arbitrales bajo su administración[66]. Al observar estos lineamientos, se puede observar que se ha repetido la fórmula habitual: implementar las notificaciones electrónicas y audiencias virtuales.

Así como el ejemplo mencionado anteriormente, los centros de arbitraje de provincia tienen la oportunidad –a raíz de una necesidad generada por el contexto actual– de emplear las herramientas tecnológicas que permiten obtener procesos arbitrales más eficientes.

5. Desafíos de la virtualización del arbitraje

Además de las oportunidades y beneficios que la virtualización del arbitraje ha traído y que han sido desarrolladas en el acápite anterior, existen otros desafíos que los agentes del arbitraje deberán afrontar ante esta nueva realidad. Estos desafíos son varios, sin embargo, por la extensión de esta investigación abordaremos solo dos de ellos: **(i)** la inseguridad que genera la realización de audiencias probatorias virtuales, y **(ii)** el temor o riesgo de no lograr el mismo nivel de persuasión y de convicción ante el tribunal arbitral, en las audiencias de pruebas realizadas virtual o remotamente.

66. Centro De Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cusco, *Directiva No. 001-2020-CSA-CACCC, Lineamientos para la continuación de los procesos arbitrales del CACCC*, <https://bit.ly/3mPEsVH> (14/08/2020).

5.1. La inseguridad de la realización de las audiencias de prueba: declaraciones testimoniales y de sustentación de pericias o debate pericial

Las preocupaciones de la comunidad arbitral por los temas de seguridad y confidencialidad si bien han encontrado un espacio propicio para su discusión en el proceso de virtualidad, datan de mucho antes[67].

Según el *ICC Report on Information Technology in International Arbitration* la confidencialidad y la seguridad de la data no solo constituyen una preocupación para las partes y el tribunal, sino que, durante el proceso arbitral ambos deben sentirse seguros de que "la información brindada a la otra parte y al tribunal no será accedida o extraida sin la autorización debida"[68].

En ese sentido, se identifican dos riesgos. Primero, el riesgo de que la confidencialidad del arbitraje sea quebrantada por la intromisión de terceros a las plataformas virtuales utilizadas para la realización de las audiencias. Es decir, que las plataformas sean hackeadas[69]. Segundo, el riesgo de que las audiencias de declaraciones testimoniales o de sustentación de pericias no se conduzcan con total transparencia, debido a la eventual y no permitido soporte que los testigos o peritos pudieran recibir de terceros, con el ánimo de cubrirlos ante cualquier vacío en las respuestas a las preguntas sobre los temas que deban responder.

Varias guías y lineamientos han sido elaborados para resguardar la seguridad de las comunicaciones en el arbitraje, y así poder plantear medidas prácticas que permitan afrontar el problema.

---

67. Winston & Strawn LLP, *Arbitration Proceedings in The Age of Virtual Hearing Rooms,* <https://bit.ly/2U3Tk6F > (14/08/2020).
68. CCI, *ICC Commission Report: Information Technology in International Arbitration*, <https://bit.ly/384UsPv> (14/08/2020).
69. S. Kallel, "Online Arbitration", *Journal of International Arbitration,* Vol. 25 (3), 2008.

En Europa se elaboró el Reglamento General de Protección de Datos, y se promulgó la Directiva 2016 / 1148 y el Reglamento de Ciberseguridad de 2019; mientras que en Estados Unidos se promulgó el Protocolo de Ciberseguridad en Arbitraje Internacional elaborado este año por el ICCA, el New York Bar y CPR. Asimismo, las asociaciones que fomentan las mejores prácticas en el arbitraje internacional emitieron guías y lineamientos con estos propósitos, tales como el ICC y la IBA, con el *Information Technology in International Arbitration* y los *Technology Resources for Arbitration Practitioners,* respectivamente.

En el año 2020 se publicó el Protocolo de Seúl para la realización de videoconferencias en el arbitraje internacional[70]. Este documento se creó con el objetivo de hacer frente a los riesgos de las nuevas tecnologías y la videoconferencia en el arbitraje internacional[71], y propone las siguientes medidas en torno a los desafíos antes mencionados.

5.1.1. Sobre la seguridad y confidencialidad de las audiencias virtuales

Respecto de la seguridad y resguardo de la confidencialidad del arbitraje, el Protocolo de Seúl asigna a las partes del arbitraje la responsabilidad de asegurarse que el lugar virtual de la videoconferencia, las conexiones y accesos estén protegidos frente a la intromisión de terceros. Lo mismo se aplica respecto del repositorio acordado entre las partes para almacenaje de información deberá brindar seguridad impidiendo que terceros ajenos tengan acceso a este[72].

70. Korean Commercial Arbitration Board, Seoul Protocol on Video Conferencing in International Arbitration (2020).
71. KCAB, *Seoul Protocol on Video Conference in International Arbitration is Released*, <https://bit.ly/3oXH9GK> (24/08/2020).
72. Véase, Artículos 2(1)(c) y 4(3) del Protocolo de Seúl, N. 70.

En la práctica en los arbitrajes administrados, frecuentemente las plataformas virtuales para la realización de las audiencias arbitrales son brindadas por los centros arbitrales. Siendo este el caso, los centros de arbitrajes también deberán reforzar sus medidas de seguridad, de manera que le puedan garantizar a los usuarios del arbitraje, la misma tranquilidad que le ofrecía cuando las audiencias se realizaban de manera presencial.

En Perú, se aprecia que los centros de arbitraje, los estudios de abogados y en general las empresas están mejorando sus sistemas de seguridad, a través de la contratación de consultorías especializadas que blinden sus sistemas informáticos, bases de datos y plataformas virtuales. Adicionalmente, se han enfocado en el desarrollo de protocolos y en la mejora de procedimientos de trabajo interno que apunten hacia el logro de este objetivo.

Con los avances tecnológicos presiento que el problema encontrará solución. Quizás la preocupación que surja tiene que ver más con el tiempo de implementación de estos sistemas y de su viabilidad económica.

Las preguntas que quedan pendientes de responder a mi juicio están relacionadas con la viabilidad económica de la implementación de las medidas de seguridad en el arbitraje. Y, con el análisis respecto de lo que se puede hacer para evitar el costo de las mismas represente una garantía de la que puedan gozar solo aquellos usuarios que estén en la posibilidad económica de reforzar sus sistemas de seguridad. El desafío estará en encontrar formas para que el arbitraje y todos sus beneficios permanezcan accesibles a todos los usuarios sin considerar la situación económica de sus agentes.

5.1.2. Sobre las medidas de seguridad y control a implementarse en la actuación de declaraciones testimoniales o de sustentación y/o debate pericial

Ya no solo se trata de asegurar la confidencialidad del arbitraje, evitando la interceptación de terceros, sino además de velar por la realización de actuaciones probatorias autónomas, independientes y que no vulneren la transparencia, y la igualdad de condiciones en las que deben efectuarse.

Según el *ICC Report on Information Technology*, las declaraciones de testigos escritas cuando son intercambiadas electrónicamente constituyen un punto de interés y preocupación de los sujetos en el proceso. De hecho, los procedimientos de toma de declaración de testigos son aún miradas con cierto recelo: "a pesar de la llegada de medios de videoconferencia fácilmente disponibles (por ejemplo, Skype, FaceTime), algunos tribunales y partes siguen permaneciendo reacios incluso a que los testigos menores testifiquen por video"[73].

En esta misma línea, Walker, árbitro independiente del Centro Internacional de Arbitraje de Londres, afirma que: "[l]a participación a distancia suscita la preocupación de asegurar que el testigo no esté siendo entrenado fuera de cámara o leyendo de un guión que esté oculto a la vista del tribunal [ya que] esto pone en duda la solidez y la utilidad de la evidencia virtual de un testigo"[74].

Ciertamente las audiencias presenciales disminuyen el riesgo de que las declaraciones de los testigos y peritos se vean asistidas indebidamente por los abogados de partes y terceros,

---

73. CCI, N. 68.
74. J. Walker, *Virtual Hearings: An Arbitrator's Perspective,* <https://bit.ly/3kQmgKW> (14/08/2020). "*Remote participation raises concerns of ensuring that the witness is not being coached off camera or reading from a script that is hidden from the tribunal´s view. This casts doubt on the soundness and utility of a witness´ virtual evidence*".

ya que al estar todos en la misma sala, todos estos intentos son fácilmente observables e identificables para todos los asistentes en la sala. En un escenario virtual, la preocupación radica en que no se pueda acceder a un plano de vista completamente que muestre a los testigos o peritos en un rango más amplio como apreciar si están recibiendo asistencia de terceros a través de mensajería electrónica como WhatsApp, Post It y hasta susurrados provenientes de terceros que se encuentren en el mismo espacio, sin poder hacerlo.

Esta preocupación válida ha sido analizada por el Protocolo de Seúl, y afortunadamente "los avances de la tecnología de videoconferencia disminuyen (si es que no eliminan) muchas de estas preocupaciones"[75].

Una primera medida consiste en procurar que el declarante puede ser visto en cuerpo entero y se enfoque además la totalidad del ambiente en donde rinde su declaración, para así evitar la presencia de terceros no autorizados para esos efectos. Esto se puede lograr a través de la utilización de más cámaras filmadoras que permitan al tribunal arbitral y a las partes observar durante toda la audiencia que el declarante está rindiendo su declaración con total autonomía e independencia, y que no está incurriendo en prácticas indebidas.

Al respecto, el *Model Order and Procedures for a Virtual Hearing via Videoconference* de la AAA-ICDR sugiere la utilización de una cámara de 360 grados, que grabe todo el recinto de la toma del testimonio, así como que, al final, se firme una declaración del testimonio[76]. Baker, a su vez, suscribe esto y señala (en línea con el *Model Order* y el Protocolo) que es ideal colocarlos frente a una mesa o silla vacíos y requerir la identificación de cualquier otra persona que vaya a estar en el

75. Winston & Strawn, N. 67.
76. AAA ICDR, *Model Order and Procedures for a Virtual Hearing via Videoconference*, <https://bit.ly/384UQNX> (15/08/2020).

espacio de la videoconferencia (así sea el abogado del testigo) antes del inicio de la audiencia[77].

Por otro lado, se sugiere la verificación de que la persona que rinde la declaración testimonial o sustenta la pericia es la misma que indica ser. Para ello, se debería requerir además de la identificación propia que efectúa el sujeto, la validación de la información de una persona autorizada para permanecer. En este sentido, se ha mencionado incluso la posibilidad de que los centros arbitrales designen y envíen a una persona a hacer las veces de un notario privado, y que verifiquen la identidad del declarante y que supervisen durante la audiencia el cumplimiento de las reglas para las actuaciones probatorias.

Respecto a la posibilidad de la presentación de pruebas documentarias durante la declaración testimonial se propone seguir una serie de pasos, a saber: que la parte que presenta al testigo no solo debe mostrar una copia sin marcas de la carpeta de documentos a exhibir, sino que, además, puede acordar con su contraparte utilizar un sistema de almacenamiento de documentos conjuntos y, en caso quiera que se visualice en pantalla alguno de estos documentos, asegurar que sea en una segunda pantalla para no perder de vista al testigo[78].

Igualmente, en caso sea necesario, se deberá asegurar una traducción independiente de la declaración. De un lado, el intérprete debe ser presentado adecuadamente y requerido de identificarse, así como asegurar la mejor conexión en caso se encuentra en un tercer recinto (es decir, no junto al testigo)[79]. Como regla general, de otro lado, se recomienda seguir una

77. J. Baker, *Utilizing Virtual Arbitration during the Pandemic. A promising alternative provided you know what you are doing*, <https://bit.ly/364B3LZ> (15/08/2020).
78. KCAB, N. 71.
79. Ibídem.

interpretación consecutiva y no una simultánea para así seguir de forma más fiable la declaración del testigo.

Como se aprecia, pareciera que las preocupaciones respecto de la transparencia y probidad en las declaraciones testimoniales y sustentaciones o debates periciales encuentran solución en la utilización de dispositivos electrónicos que permitan a los usuarios la verificación en tiempo real de las circunstancias en las que estas declaraciones se están realizando.

5.2. El impacto en nivel de persuasión que pueden lograr los abogados de partes, los testigos y los peritos

La oralidad y el nivel persuasión son factores clave en un arbitraje. Bullard & Repetto, haciendo referencias al uso de la oralidad, afirman que

> [e]l sistema evolutivo nos ha llevado a que se les otorgue mayor importancia a las audiencias. Aquí prevalece el sistema de Common Law. La oralidad prima y hay más audiencias con mayor duración[80].

Los abogados de parte buscan lograr convicción en el tribunal arbitral a través de los informes orales, del interrogatorio a los testigos, de los contrainterrogatorios y de las sustentaciones y debate periciales. En los últimos años se han desarrollados estudios sobre cómo lograr un mayor nivel de persuasión en los tribunales arbitrales, a través del uso del lenguaje no verbal, la conexión emocional.

Malca, director de teatro y entrenador del equipo de la Pontificia Universidad Católica del Perú que participa en los MOOT de arbitraje internacional, y quien ha estudiado la comunicación persuasiva en las audiencias arbitrales señala que

80. A. Bullard González & J. L. Repetto Deville, "Charles Darwin y el Arbitraje", *Revista Forseti*, No. 1, 2014.

> [p]ara hacerle vivir persuasivamente, al tribunal arbitral, la historia con la que explica su teoría del caso y lograr que laude a su favor, el abogado debe tener la habilidad de manejar cinco elementos:
> 1. El contenido de su discurso
> 2. Su cuerpo y expresión física
> 3. Su voz y la palabra hablada
> 4. Sus emociones
> 5. Las características de los árbitros[81].

La pregunta que naturalmente ha surgido es si es posible lograr el mismo nivel de persuasión en las audiencias arbitrales que se realizan virtualmente.

Los abogados de parte declaran, de un lado, poder lograr mayor conexión emocional con el tribunal arbitral si es que las audiencias arbitrales son presenciales, ya que los árbitros están en mejor posición de percibir el lenguaje no verbal, expresado a través de la expresión física del cuerpo y de las emociones; lo que no ocurriría en las audiencias virtuales, en las cuales por las restricciones naturales del enfoque la cámara, el panorama es más acotado. De otro lado, sostienen que las audiencias virtuales no les permite obtener suficiente retroalimentación del nivel de persuasión que está logrando su discurso, en el caso de los alegatos orales, o ante las declaraciones de los testigos que han ofrecido como parte de su estrategia probatoria del caso. Este último punto debido principalmente a la reducción del tamaño en el que observan a los árbitros e incluso a sus contrapartes, ya que en una pantalla de una computadora los rostros y el lenguaje no verbal de los participantes no puede ser apreciado ni en la misma medida ni al mismo tiempo.

En esta misma línea, nuevamente, Walker, afirma que

> [a]l evaluar el testimonio de los testigos, en particular durante el contrainterrogatorio, existe la preocupación de

81. M. Malca, *Comunicación persuasiva para el litigio arbitral: La técnica del actor al servicio del abogado*, Tesis de Magíster en Investigación Jurídica, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008.

> que la pérdida de la observación en persona perjudique la capacidad del tribunal para evaluar la credibilidad y la solidez de las pruebas. Puede ser difícil captar el "aspecto" de las pruebas del testigo en pantalla y discernir el lenguaje corporal, las expresiones faciales y los cambios de tono[82].

Ciertamente, el litigio arbitral requiere de técnicas distintas cuando se realiza de manera presencial a cuando se realiza a través de una pantalla. En ese sentido, Malca[83] sostiene que, si bien algunos elementos de la persuasión en el litigio arbitral se preservan, determinados elementos obtienen más fuerza, como por ejemplo las expresiones faciales. Al no poderse apreciar el cuerpo completo del locutor, el rostro gana preponderancia, constituyéndose en el principal medio de comunicación y persuasión, junto con la palabra hablada.

Existen técnicas que permiten mejorar el nivel de persuasión y la conexión emocional con el tribunal arbitral. Sin embargo, en esta oportunidad no serán desarrolladas, pues escapa del alcance de la presente investigación. Basta con señalar que –aunque requiera un aprendizaje nuevo y la utilización de distintas técnicas– es posible superar esta dificultad. Sin perjuicio de ello, creo que debido a la poca experiencia en la realización de audiencias probatorias virtuales aun no es posible determinar con certeza si el nivel de persuasión que se podría obtener en un entorno virtual es equiparable al que se podría lograr en las audiencias arbitrales presenciales.

Lo indiscutible es que la realización de las audiencias de pruebas virtuales representa un cambio, y el proceso de adaptación a un cambio siempre es desafiante y requiere tiempo para la adaptación de los agentes involucrados. Está

---

82. J. Walker, N. 74. "*In evaluating witness testimony, particularly under cross – examination there is a concern that the loss of in-person observation will impair the tribunal´s ability to assess the credibility and strength of the evidence. It may be difficult to capture to ´look and feel´ of the witness´s evidence onscreen and to discern body language, facial expressions and tonal changes*".
83. Estas declaraciones fueron efectuadas en el marco de la realización del *webinar* "El uso de la tecnología en el arbitraje de construcción", organizado por CDR Consulting, 24/06/2020.

por verse si los abogados de parte y las propias partes podrán lograr tener el mismo nivel de confianza y seguridad en un contexto de audiencias de pruebas virtuales, o si las resistencias al cambio pesan más que los beneficios.

6. Conclusiones

La tecnología es una herramienta muy valiosa para el derecho, lo actualiza y lo moderniza. En el arbitraje su presencia es más notaria. Dentro de sus principales beneficios, encontramos la posibilidad de reducir costos, mejorar la eficiencia, y permitir el inicio o la reanudación de los arbitrajes aún en contexto de inmovilización social como la actual, generada por la pandemia global.

La virtualización del arbitraje es una realidad en Perú. Las principales instituciones arbitrales peruanas caminan hacia la modernización de sus reglamentos para permitir y promover la realización de una mayor cantidad de actuaciones arbitrales virtuales, incluidas las de actuaciones de pruebas. Esta tendencia encontrará correlato en las nuevas regulaciones y prácticas que los centros arbitrales de provincias implementen.

En este contexto, en el que están prohibidas las reuniones de personas, es probable que las audiencias de pruebas se realicen virtualmente, ya que no existe otra opción. Para su realización, varias de las medidas propuestas por el Protocolo de Seúl se implementarán, y seguramente otras serán propuestas a medidas que la realidad exija su invención. No obstante, no sabemos hasta qué punto la realización de las audiencias probatorias virtuales continuarán realizándose en un escenario en el que las personas se puedan movilizar con libertad.

Nos atrevemos a afirmar que la realización de audiencias probatorias virtuales o de alegatos orales –que son aquellas

a las que las partes le otorgan mayor relevancia– tendrán mayor acogida en contextos en que las partes se encuentren en distintas ubicaciones geográficas, como sucede en un arbitraje internacional. Sin embargo, en un arbitraje doméstico en el que las partes compartan ubicación geográfica y el desplazamiento no represente una preocupación mayor, las partes perseguirán que las audiencias de pruebas se realicen presencialmente, debido a la familiaridad adquirida en la realización y conducción de estas audiencias y al natural interés de lograr una mayor persuasión ante el tribunal arbitral.

Es importante que las herramientas tecnológicas estén disponibles, y que si requiere la realización de una audiencia virtual –del tipo que sea–, las partes cuenten con las garantías y seguridades necesarias para que estas se lleven a cabo sin poner en riesgo el debido proceso ni otros derechos fundamentales de las partes.

Los cambios siempre traen desafíos implícitos. Para la celebración de las actuaciones probatorias virtuales, será necesario que el reforzamiento de las medidas de seguridad en aplicables a las videoconferencias y plataformas virtuales que se utilicen. Asimismo, las partes tendrán que adquirir nuevas destrezas para lograr persuadir al tribunal arbitral y para cerciorarse que no se vulneren el debido proceso antes mencionado, la confidencialidad ni transparencia del arbitraje.

Esta misma necesidad de aprendizaje se extiende a los árbitros. Como señala Walker, la mayoría de los árbitros aún no están familiarizados con las audiencias virtuales. Pueden haber experimentado el intercambio de documentos en la nube y las videoconferencias, pero el concepto de audiencias realizadas con todos en diferentes lugares es desconocidos para ellos[84].

84. J. Walker, N. 74.

La oponibilidad de la cláusula arbitral estatutaria frente a terceros ajenos a la compañía en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

*María Camila Moncayo Rovalino**

Recibido/Received: 20/07/2020
Aceptado/Accepted: 29/09/2020

Sumario: 1. Introducción. **2.** Naturaleza y características del arbitraje estatutario. **2.1.** Elementos conceptuales del arbitraje como método alternativo de resolución de conflictos. **2.2.** El arbitraje estatutario como medio de resolución de conflictos en materia societaria. **2.3.** El ordenamiento jurídico ecuatoriano acepta y regula el arbitraje estatutario. **3.** Teoría de la extensión de la cláusula arbitral estatutaria a tercernos ajenos a la compañía. **3.1.** La teoría de la extensión establece que la cláusula no es oponible a terceros ajenos a la persona jurídica. **3.2.** Escenarios en los que la cláusula arbitral se extiende a personas que no son socios o accionistas. **4.** Aplicación de la teoría de extensión en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. **4.1.** Ordenamientos jurídicos afines al Ecuador aplican la teoría de extensión de la cláusula arbitral estatutaria. **4.2** Aplicación de la teoría de extensión de la cláusula arbitral en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. **5.** Conclusiones.

* Estudiante de la carrera de Derecho en la Universidad de los Hemisferios. Participante en las ediciones XII y XIII de la Competencia Internacional de Arbitraje, organizada por la Universidad de Buenos Aires y la Universidad del Rosario; el VIII Concurso Nacional de Arbitraje, organizado por la AMCHAM; la edición del 2020 del Concurso Manuel Muñoz Borrero, organizado por la Cruz Roja ecuatoriana; y, la II edición del Concurso Iberoamericano de Derecho Internacional Humanitario, organizado por la CICR y la Universidad de la Sabana. Ganadora del premio a mejor oradora del Pre-Moot General de la XIII Competencia Internacional de Arbitraje. Correo electrónico: camimoncayo@hotmail.com

M. C. Moncayo Rovalino, "La oponibilidad de la cláusula arbitral estatutaria frente a terceros ajenos a la compañía en el ordenamiento jurídico ecuatoriano", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 11, 2020, pp. 453-485.

ISSN: 2600-5611 / e-ISSN: 2600-562X
DOI: 10.36649/rea1116

Resumen: Los estatutos con los que se rigen las compañías generalmente tratan también la forma en la que estas resolverán sus controversias internamente. De este modo, una práctica que se ha vuelto usual con el paso del tiempo es la de acudir a arbitraje en caso de que exista una controversia entre los socios o accionistas de una compañía. Sin embargo, el alcance de estas cláusulas es limitado. Este artículo analiza los sujetos a los cuales se pueden extender los efectos del convenio arbitral contenido en un contrato de sociedad en el Ecuador, a la luz de las reformas promulgadas en la Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación, que reguló de manera expresa el arbitraje estatutario, y demuestra que esta no es oponible a terceros ajenos a la compañía.

Palabras Clave: arbitraje estatutario, convenio arbitral, compañía, accionistas, terceros.

The enforceability of the statutory arbitration clause against third parties outside the company in the Ecuadorian legal system

Abstract: The statutes by which companies are governed generally also address how they will resolve their internal disputes. Thus, a practice that has become common over time is to resort to arbitration in the event of a dispute between the partners or shareholders of a company. However, the scope of these clauses is limited. This article analyzes the subjects to whom the effects of this type of arbitration agreement can be extended in Ecuador, in light of the reforms promulgated in the Organic Law of Entrepreneurship and Innovation, which expressly regulated statutory arbitration, and shows that this is not opposable to third parties outside the company.

Keywords: statutory arbitration, arbitration clause, company, shareholders, third parties.

1. Introducción

Así como en un partido de fútbol, donde solo los equipos que han de enfrentarse pueden entrar a la cancha, un convenio arbitral cobija solo a las partes que lo han suscrito. Sin embargo, en los últimos años se han desarrollado teorías para traer más equipos a la cancha, a pesar de que en algunos casos estos nunca formaron parte del enfrentamiento; o, en otras palabras, del litigio. Uno de los escenarios en los que se han desarrollado las referidas teorías es el de extensión de las cláusulas arbitrales contenidas en los estatutos sociales de una compañía a terceros.

Este artículo está orientado al estudio del arbitraje estatutario y la posibilidad de traer a un tercero al proceso arbitral. Pues, por regla general, los terceros ajenos a la compañía no se encuentran cobijados por la cláusula arbitral estatutaria y, en consecuencia, no pueden accionarla. Ello en virtud de la naturaleza y alcance del documento que la contiene, en este caso, el estatuto de una compañía. Para comprobar dicha hipótesis se estudiarán diversos aspectos del arbitraje estatutario.

En primer lugar, se definirá al arbitraje en su dimensión de institución jurídica y a la cláusula arbitral como mecanismo para acceder a la misma. Se expondrá su concepto, ámbito de aplicación, características y principios, para después ahondar en la naturaleza del arbitraje estatutario como tal. Posteriormente, se analizarán todas sus características, analizando la naturaleza de la compañía y del estatuto, con las partes y voluntades que se ven reflejadas en el mismo. Ello para sentar las bases de la aplicabilidad del arbitraje estatutario en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

En segundo lugar, se estudiará la teoría de la extensión de los efectos de la cláusula arbitral estatutaria a terceros.

El estudio se dividirá en dos partes: en la primera se darán las razones por las cuales la cláusula arbitral estatutaria es oponible únicamente a los socios o accionistas de la compañía; mientras que la segunda se centrará en las excepciones a la referida regla. Finalmente, se analizará la posibilidad de extender los efectos de una cláusula arbitral estatutaria a terceros ajenos a la compañía, con base en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Para ello, se realizará un estudio de derecho comparado, con legislaciones que han regulado esta figura antes que el Ecuador.

Tal y como en un partido de fútbol, en el proceso arbitral los goles son los argumentos aceptados por el tribunal y el trofeo se compara con la obtención de un laudo favorable para una de las partes. Esto no cambia en el arbitraje estatutario pues, al ser una rama del arbitraje, comparte sus bases. Sin embargo, así como cada torneo tiene particularidades, el arbitraje estatutario tiene características propias y únicas. Lo que no varía en algún campo es el hecho de que, por regla general, el convenio es oponible únicamente a las partes que lo suscribieron.

2. Naturaleza y características del arbitraje estatuario

La aplicabilidad del arbitraje estatutario en el ordenamiento jurídico ecuatoriano debe ser estudiada a partir de la naturaleza del arbitraje como institución jurídica. Por ello, se estudiará el arbitraje de manera general. Es decir: su definición, beneficios y características; y, los requisitos de existencia y validez de la cláusula arbitral. Posteriormente, se estudiará específicamente al arbitraje estatutario, así como la naturaleza del estatuto de una compañía, las partes de este contrato y las controversias que generalmente se resuelven a través de esta vía. Finalmente, se evaluará la aplicabilidad del arbitraje estatutario en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, a través de las

normas de la Ley de Compañías, así como las disposiciones en otros cuerpos normativos.

2.1. Elementos conceptuales del arbitraje como método alternativo de resolución de conflictos

El arbitraje es un método alternativo de resolución de conflictos distinto a la justicia ordinaria[1]. Este se presenta como una excepción al principio de unidad jurisdiccional, el cual exige la existencia de un solo poder judicial[2]. Es decir, que no se atribuya la potestad jurisdiccional a algún órgano que no forme parte de la administración de justicia estatal. El arbitraje es considerado como una excepción a este principio ya que, un tribunal conformado por privados dirime la controversia que, de no haberse pactado el arbitraje, hubiera sido resuelta por un juez.

Por lo anterior, se concibe al arbitraje como un fenómeno de privatización de la justicia[3], el cual consiste en que las partes renuncian a la justicia ordinaria[4] y a su derecho a ser juzgados por su juez natural[5], para transferir esta competencia a un tribunal arbitral. Además, la privatización se ve reflejada en el costo del proceso. Entre las razones por las que las partes de un conflicto suelen preferir el arbitraje por sobre la justicia ordinaria, resaltan las siguientes: **(i)** es consensual, **(ii)** las partes seleccionan a los árbitros, **(iii)** las partes tienen una activa participación en el proceso, y **(iv)** es un procedimiento rápido, eficaz y confidencial[6].

1. C. Constantino & C. Sickles, *Designing Conflict Management Systems, A Guide to Creating Productive and Healthy Organizations,* 1999.
2. J. Zavala Egas, "Unidad Jurisdiccional", *Revista Iuris Dictio*, 2000.
3. L. Díaz, *Privatización de la Justicia*, 2da. Ed., Themis, 1998.
4. P. Fouchard, E. Gaillard & B. Goldman, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999.
5. El arbitraje está regulado en el artículo 190 de la Constitución del Ecuador.
6. H. Briseño, *Sobre Arbitraje*, Estudios, Ed. Cárdenas, 1995.

Al ser un medio alternativo de resolución de conflictos, el fundamento que legitima la sustitución de los jueces estatales por árbitros es la autonomía de la voluntad[7]. La voluntad es la piedra angular del arbitraje[8], por lo que debe manifestarse de forma expresa e inequívoca. Esta se manifiesta a través de un pacto llamado convenio arbitral[9], que debe cumplir ciertos requisitos de existencia y validez, pues caso contrario sería nulo e ineficaz.

En nuestro ordenamiento jurídico, los artículos 5 y 6 de la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM)[10] establecen que los requisitos de existencia del convenio arbitral son: **(i)** que se encuentre escrito y, **(ii)** que exista voluntad clara de las partes. A su vez el artículo 4 de la LAM, en concordancia con el artículo 1461 del Código Civil, dispone que sus requisitos de validez, así como los de cualquier otro negocio jurídico, son: **(i)** capacidad, **(ii)** objeto lícito, **(iii)** causa lícita, **(iv)** voluntad libre de vicios y, **(v)** solemnidades[11]. Además, según el artículo 190 de la Constitución, el arbitraje es válido únicamente si versa sobre materia transigible, es decir aquella sobre la que se puede disponer libremente[12].

El efecto más importante de suscribir un convenio arbitral es el de atribuir competencia al árbitro o árbitros que serán designados para conocer la controversia[13]. Además, vincula a las partes a la vía arbitral. En otras palabras, atribuye el derecho a "enervar la pretensión de la otra parte si esta acude a la justicia estatal para resolver un diferendo cobijado por dicho convenio"[14].

---

7. M. Jara Vásquez, "Decisiones de la justicia estatal ecuatoriana sobre arbitraje. Un análisis desde la perspectiva del principio favor arbitralis", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 3, 2012.
8. J. Graham, *Lecciones de Arbitraje Internacional*, Zamanga Editores, 2018.
9. A. Bullard, "¿Y quién está invitado a la fiesta?", *Latin Arbitration Law*, 2014.
10. Ley de Arbitraje y Mediación, Artículos 5 y 6, RO No. 417, 14/12/2006.
11. Código Civil, Artículo 1461, RO No. 46, 24/06/2005.
12. M. Jara Vásquez, N. 7; Constitución del Ecuador, Artículo 190, RO. No. 449, 20/10/2008.
13. R. Caivano, *Arbitraje*, Ed. Ad-Hoc, 2000.
14. O. Santos Dávalos, "Naturaleza Jurídica de los Efectos del Convenio Arbitral", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 8, 2016.

El arbitraje se rige bajo ciertos principios generales. Para motivos de la extensión de los efectos del arbitraje estatutario a terceros deben tomarse en cuenta tres de ellos: **(i)** *in dubio pro arbitri*, **(ii)** *kompetence-kompetence* y, **(iii)** *res inter alios acta*.

El principio base del sistema arbitral es el principio *in dubio pro arbitri*, plasmado en el artículo 7 de la LAM[15]. En virtud de este, se concede preferencia a la jurisdicción arbitral frente a la estatal, cuando exista duda respecto a cuál debería aplicarse. Este principio busca que prevalezcan tanto el sistema arbitral como el efecto útil del convenio. Por lo que, en palabras de Jara Vásquez, "garantiza que la voluntad de someterse a arbitraje sea respetada"[16].

El principio *kompetence-kompetence* es entendido como la potestad que tiene el tribunal arbitral para decidir sobre su propia competencia[17]. Este tiene un efecto positivo y uno negativo. El positivo es que el tribunal arbitral es el primer llamado a conocer la controversia, mientras que el negativo es la obligación de las partes de no acudir a la justicia ordinaria[18].

Finalmente, el principio *res inter alios acta*, previsto en el artículo 1561 del Código Civil, manda que todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes contratantes[19]. Este principio hace referencia a que la cláusula arbitral es oponible solo a las partes que lo celebraron y, en consecuencia, establece que esta no puede obligar a terceros[20]. Su objetivo es evitar

15. Ley de Arbitraje y Mediación, N. 10, Artículo 7.
16. M. Jara Vásquez, N. 7.
17. Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, Proceso Arbitral No. 005-2006, proceso confidencial.
18. E. Silva Romero, *Breves Observaciones sobre el Principio Kompetence-Kompetence en el Contrato Arbitral*, Ed. Legis, 2008.
19. Código Civil, N. 11, Artículo 1561.
20. A. Orellana Ubidia, "La línea gris entre la relatividad de los contratos y la inclusión de terceros no signatarios en el arbitraje", *USFQ Law Review*, 2014.

que quien no haya expresado su consentimiento sea forzado a someter sus controversias a arbitraje[21].

El proceso arbitral concluye con un laudo, el cual es la resolución obligatoria emitida por los árbitros[22]. "Este tiene efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada"[23]. Es decir, no es susceptible de recurso alguno.

En el Ecuador, se puede impugnar un laudo con dos acciones: la acción de nulidad y la acción extraordinaria de protección. Cualquiera de las partes podrá interponer la acción de nulidad cuando se presente una de las siguientes causales, cuando: **(i)** no se haya citado legalmente con la demanda y el juicio se ha seguido y terminado en rebeldía, **(ii)** no se haya notificado a una de las partes con las providencias del tribunal y este hecho impida la defensa de la parte, **(iii)** no se haya convocado, notificado la convocatoria o practicado las pruebas y, **(iv)** el laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado[24]. Además, el numeral 7 del artículo 76 de la Constitución dispone la nulidad de resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados[25], lo cual también se aplica a los laudos arbitrales. Finalmente, si la decisión viola derechos constitucionales de las partes, que no se encasillen en las causales para anularla, se podría presentar una acción extraordinaria de protección ante la Corte Constitucional[26].

En suma, el arbitraje es un método alternativo de resolución de conflictos en virtud del cual las partes someten sus controversias a la decisión de un tribunal arbitral. Este nace

21. E. Silvia Romero, "El Artículo 14 de la Nueva ley Peruana de Arbitraje", *Lima Arbitration*, No. 4, 2011.
22. M. Jara Vásquez N. 7.
23. Ley de Arbitraje y Mediación, N. 10; Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 169-12-SEP-CC, Caso No. 1568-10-EP, 26/04/2012.
24. Ley de Arbitraje y Mediación, N. 10, Artículo 31.
25. Constitución de la República del Ecuador, N. 12, Artículo 76(7)
26. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 123-13-SEP-CC, Caso No. 1542-11-EP, 19/12/2013.

por la voluntad de las partes al suscribir una cláusula arbitral, renunciando así expresamente a la justicia ordinaria. El convenio arbitral debe cumplir los requisitos de existencia y de validez que establece cada ordenamiento jurídico, siendo para el Ecuador los previstos en la LAM. El arbitraje, así como toda rama jurídica, tiene varios principios generales que se aplican en todo el proceso arbitral. Para motivos del estudio del arbitraje estatutario deben tenerse en cuenta los principios: **(i)** *in dubio pro arbitri*, **(ii)** *kompetence-kompetence* y, **(iii)** *res inter alios acta*. El proceso arbitral concluye con un laudo que tiene los mismos efectos que una sentencia ejecutoriada, por lo que solo podrá ser impugnado mediante la acción de nulidad o la acción extraordinaria de protección.

2.2. El arbitraje estatutario como medio de resolución de conflictos en materia societaria

Previo a analizar la naturaleza del arbitraje estatutario, se desarrollará el concepto de persona jurídica y los estatutos sociales, posteriormente se hablará sobre las partes de este tipo de convenio arbitral y, finalmente, los posibles escenarios en los que se utiliza el arbitraje como método de resolución de conflictos societarios.

El artículo 564 del Código Civil define a la persona jurídica como una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente[27]. El contrato social es el documento que da origen a la existencia de una persona jurídica, en este caso, llamada compañía[28]. Este regula su funcionamiento interno y que además determina los derechos y obligaciones de los socios o accionistas[29]. En sus disposiciones también puede prever la

27. Véase, Código Civil, N. 11, Título XXX.
28. Ley de Compañías, Artículo 1, RO No. 312, 05/11/1999. A pesar de que el concepto compañía es económico y no jurídico, para motivos de este artículo se tratará como sinónimo de persona jurídica, pues la Ley de Compañías lo utiliza con ese alcance.
29. J. Carlier, *Estatuto personal y sociedad multicultural: el papel de la autonomía de la voluntad*, en A.I. Calvo Caravaca & J.L. Iriarte Ángel, *Estatuto personal y multiculturalidad de la fami-*

vía por la cual se resolverán las posibles controversias que surjan dentro de la compañía[30]. En ciertos casos, los socios o accionistas optan por la vía arbitral, escenario conocido como arbitraje estatutario. Doctrinariamente, su nombre radica en que este tipo de arbitraje se establece únicamente por medio del estatuto social[31]. En este sentido, si el arbitraje se origina por cualquier otro acuerdo de voluntades no plasmado en un estatuto, este será válido y obligará a las partes, pero no será considerado como estatutario.

El arbitraje estatutario requiere una cláusula arbitral especial, pues consiste en el sometimiento a la jurisdicción arbitral que realizan los socios o accionistas para resolver controversias respecto a su compañía[32]. A pesar de que en la mayoría de los ordenamientos jurídicos se ha ido flexibilizando el requisito de escritura del convenio arbitral a lo largo del tiempo, en este escenario permanece obligatorio[33]. Esto debido a que, si se pacta mediante correspondencia o documento autónomo, el convenio no generaría los efectos propios de la cláusula estatutaria[34]. El efecto principal de este tipo de cláusulas es que los socios o accionistas de la compañía estén vinculados al arbitraje[35], tanto los fundadores como aquellos que se incorporen con posterioridad[36]. El momento en que los nuevos socios o accionistas se incorporan a la compañía, son parte de su estatuto, se encuentran amparados por los derechos reconocidos en el mismo y forzados al cumplimiento

lia, Ed. Colex, 2000.

30. F. Vásquez Palma, "Revisión del arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos en el Derecho societario (obligatoriedad y arbitrabilidad). Formulación de una propuesta en aras de la modernización", *Ius et Praxis*, Vol. 20/1, 2014.
31. T. Johansson, *Statutory Arbitration in the Context of Arbitrability*, University of Helsinki, 2019.
32. S. San Cristóbal, "Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil", *Anuario jurídico y económico escurialense*, No. 46, 2013.
33. T. Johansson, N. 31.
34. G. Möller, "Motivos de Arbitraje. Helsinki", *Colegio de Abogados de Finlandia*, 1997.
35. A. Lipton, "Manufactured Consent: The problem of Arbitration Clauses in Corporate Charters and Bylaws", *The Georgtown Law Journal*, Vol. 104/583, 2016.
36. M. Rodríguez, *Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje*, Memoria para optar al grado de doctor, Universidad Complutense de Madrid, 2010.

de las obligaciones que en este se establezcan. Si bien es cierto los socios o accionistas posteriores no lo suscribieron, se entiende que lo ratificaron el momento de volverse parte de la compañía, pues las acciones quedan supeditadas al convenio arbitral estatutario[37].

En este sentido, el arbitraje estatutario es de carácter forzoso o necesario, pues el arbitraje no surge directamente por la voluntad de las partes que se incorporan con posterioridad al estatuto social, sino que viene impuesto[38]. Ello en virtud de que la cláusula arbitral estatutaria pasa a tener la naturaleza propia de un acuerdo social y por lo tanto obliga a todos sus miembros. Así, "el arbitraje se impondrá al socio ausente o disidente sin su voluntad o contra su voluntad"[39]. Esta medida tiene el objetivo de precautelar la seguridad jurídica, ya que no sería eficaz un acuerdo arbitral que vincule solo a unos socios o accionistas y no a otros[40]. De esta manera, "la cláusula arbitral será obligatoria para el socio adquirente por disposición de la ley, sin necesidad de probar que este tenía conocimiento respecto de aquella al momento de efectuar la compra de acciones"[41].

Con base en lo anterior, en el caso de que un accionista haya vendido sus acciones, pierde su derecho a accionar la cláusula arbitral estatutaria[42]. En principio, deja de formar parte de la compañía y no puede acogerse a los derechos que brinda la calidad de socio o accionista. Sin embargo, la extensión a un ex socio o accionista deberá ser analizada por cada ordenamiento jurídico y a su vez por la redacción de la cláusula arbitral. Es

37. F. Béjar Pinedo, "La Eficacia Subjetiva del Convenio Arbitral Estatutario en la Sociedad Anónima", *Revista de Derecho Universidad San Sebastián*, No. 20, 2014.
38. C. Matheus, "Introducción al derecho de arbitraje peruano", *Vniversitas*, No. 106, 2003.
39. M. Olivencia, "Art. 11 bis", en *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*, 2da. Ed., Editorial Aranzadi, 2011.
40. M. Ariza, *La regulación del arbitraje estatutario, en la reforma de la Ley de Arbitraje de 2011*, Editorial La Ley, 2011.
41. F. Vásquez Palma, N. 30.
42. J. Lee, "Intra-Corporate Dispute Arbitration and Minority Shareholder Protection: A Corporate Governance Perspective", *Chartered Institute of Arbitrators*, 2017.

por esto que es importante que el convenio arbitral se encuentre escrito específicamente en el estatuto, pues caso contrario la oponibilidad del convenio se vería afectada; y, no adquiriría la naturaleza de un acuerdo social. En otras palabras, los ex socios o accionistas permanecerían cobijados por la cláusula, mientras que los nuevos no lo estarían.

Generalmente, este tipo de cláusulas contemplan conflictos que pueden existir entre los socios o accionistas con respecto a: **(i)** las controversias entre ellos, **(ii)** las controversias con respecto a los derechos y obligaciones que se encuentran en los estatutos, **(iii)** la validez de acuerdos, **(iv)** conflictos con respecto al objeto social[43] y, **(v)** a la venta y comercialización de acciones[44]. Los ejemplos enlistados son los escenarios más aplicados, pero no los únicos en los que se podría pactar este tipo de arbitraje. Asimismo, la lista tampoco implica que la cláusula arbitral estatutaria debe contemplar todos esos escenarios de aplicación, pues su redacción dependerá de la voluntad de los socios o accionistas y de las limitaciones impuestas por cada ordenamiento jurídico.

El carácter confidencial del arbitraje es la principal razón por la cual los socios o accionistas deciden pactarlo para resolver los conflictos antes mencionados[45]. Pues, en el arbitraje existe una gran reserva en cuanto a la existencia del proceso frente a terceros[46]. Tanto los documentos que se presentan como los conflictos entre las partes y sobre todo el laudo arbitral permanecen confidenciales y protegidos. De esta manera, se protege la reputación de las partes frente a

43. El artículo 11 de la Ley 11/2011 de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado de España enumera los posibles conflictos que pueden ocurrir en una empresa.
44. M. Olivencia, *Ley de Arbitraje. Cláusula Estatutaria Arbitral y el anteproyecto del Código Mercantil en libro Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III de Madrid, 2015.
45. J. Lee, N. 42.
46. M. Buckstein, "An Introductory Primer on Pre-Litigation ADR Counseling for the Outside Lawyer", *Dispute Resolution Journal*, 1997.

terceros[47]. En este sentido, es lógico que una compañía, y sobre todo sus accionistas, busquen que sus conflictos internos se mantengan confidenciales, pues su reputación va directamente relacionada con su posicionamiento en el mercado y, en cierta medida, con las ganancias obtenidas.

En conclusión, el arbitraje estatutario es un medio de resolución de conflictos internos de la compañía. Para que pueda ser llamado como tal, la cláusula arbitral debe estar escrita en sus estatutos. Los conflictos que se pueden resolver a través de esta vía son múltiples y dependerán de la redacción de la cláusula arbitral, es decir de la voluntad de los socios o accionistas. Finalmente, se debe recalcar que la principal característica por la que las compañías adoptan este tipo de convenios es debido a la confidencialidad del proceso arbitral, que permite solucionar los conflictos dentro de casa.

2.3. El ordenamiento jurídico ecuatoriano acepta y regula el arbitraje estatutario

Hasta inicios del año 2020, la figura del arbitraje estatutario no se encontraba expresamente regulada por el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Esta figura fue incorporada en la Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación de febrero de 2020, la cual reformó a la Ley de Compañías.

El artículo innumerado 69, luego del artículo 317 de la Ley de Compañías, regula la resolución de conflictos societarios en las sociedades por acciones simplificadas (SAS) de la siguiente manera:

> *[l]as diferencias que surjan entre los accionistas, la sociedad o los administradores* de una sociedad por acciones simplificada, que tengan relación con la existencia o funcionamiento de

47. C. Cepeda, "El arbitraje y la importancia del principio de confidencialidad", *USFQ Law Review*, Vol. 1 No. 1, 2013.

> la sociedad, incluida la impugnación de determinaciones de asamblea o junta directiva, así como el abuso del derecho, podrán ser resueltas a través de una mediación. En caso de no llegarse a un acuerdo amistoso, las diferencias mencionadas en el inciso anterior *podrán someterse a decisión arbitral, si así se pacta en el estatuto social.* En este último caso, *al dorso de los títulos de acciones constará una mención de la correspondiente cláusula compromisoria, incorporada al estatuto de la sociedad.* Cumplido aquel requerimiento, se entenderá que el cesionario de una transferencia de acciones ha aceptado, de manera expresa, someterse al convenio arbitral previsto en el estatuto social. Si no se hubiere pactado arbitraje para la resolución de conflictos societarios, se entenderá que todos los conflictos antes mencionados serán resueltos por el Juez de lo Civil del domicilio principal de la sociedad por acciones simplificada (énfasis añadido)[48].

La norma menciona que los conflictos que pueden ser resueltos a través de la vía arbitral son varios. Incluso, pueden llegar a ser todos los que tengan que ver con el manejo o funcionamiento de la compañía y las relaciones entre sus miembros. Además, al establecer que el cesionario acepta de manera expresa la cláusula arbitral al momento de adquirir las acciones, confirma que el convenio arbitral debe estar contenido en los estatutos y que las acciones de la compañía quedan supeditadas a este.

Por otro lado, el artículo innumerado 70, luego del artículo 317 de la Ley de Compañías, regula la suscripción y modificación de las cláusulas arbitrales estatutarias. En su parte pertinente manda que estas: "[s]ólo podrán ser incluidas o modificadas mediante la resolución unánime de los titulares del cien por ciento (100%) del capital social"[49]. Esto quiere decir que para incorporar o eliminar la cláusula arbitral de los estatutos, los socios o accionistas actuales deben consentir de forma unánime. De este modo, cuando hay un nuevo socio o accionista que pretende reformar la cláusula arbitral y no

48. Ley de Compañías, N. 28, Artículo Innumerado 69 luego del Artículo 317.
49. Ídem, Artículo Innumerado 70 luego del Artículo 317.

cuenta con el apoyo del 100% del capital social, no podrá hacerlo. Una vez que la cláusula arbitral está incorporada en el estatuto, la voluntad unánime de los socios o accionistas prevalecerá por sobre la voluntad individual de cada uno[50].

Ambos artículos se han incorporado dentro de las disposiciones que regulan a las sociedades por acciones simplificadas. Sin embargo, esto no limita su aplicación a todos los tipos de compañía reguladas en la Ley de Compañías. Esto debido a que la razón por la cual se puede incorporar una cláusula arbitral estatutaria no es la existencia de norma expresa, sino la autonomía de la voluntad de las partes. Ello con base en la máxima: "toda obligación reposa esencialmente sobre la voluntad de las partes"[51]. En razón de este principio las partes de un contrato, en este caso del estatuto, tienen la libertad de pactar todas las cláusulas que les parezcan convenientes, siendo una de ellas, la arbitral. Esto se demuestra tanto a través de la interpretación literal de la ley, como de la interpretación sistemática del ordenamiento jurídico ecuatoriano[52].

El artículo 1 de la Ley de Compañías, el cual hace referencia al estatuto de manera general, manda que: "el contrato social se rige por las disposiciones de la ley *y por los convenios de las partes*" (énfasis añadido)[53]. Es decir, las partes podrán decidir las disposiciones y convenios que deseen incorporar. Al no establecer qué tipo de convenios están permitidos, se entiende que las partes tienen plena libertad de incorporar todos aquellos pactos lícitos que juzguen convenientes.

50. J. Lee. N. 42.
51. J. López, Los contratos, Parte General, Editorial Jurídica, 1995.
52. Código Civil, N. 11, Artículo 18. El artículo 18 del Código Civil prevé el uso de métodos de interpretación cuando exista oscuridad en una norma o falta de una disposición que regule un supuesto de hecho.
53. Ley de Compañías, N. 28, Artículo 1.

Con respecto a la interpretación sistemática, esta busca entender al cuerpo normativo como un conjunto, es decir, pretende deducir el tratamiento de una disposición desde el sentido general del ordenamiento jurídico[54]. La interpretación sistemática confirma que la voluntad de las partes justifica la incorporación de una cláusula arbitral estatutaria en todo tipo de compañías. En este sentido, el artículo 1 de la Ley de Compañías no solo se entiende al analizar sus términos específicos, sino también por su relación con el resto de las normas y los cuerpos normativos directamente relacionados.

El artículo 190 de la Constitución del Ecuador reconoce al arbitraje como un medio alternativo de resolución de conflictos en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir. Esto demuestra que el principio de autonomía de la voluntad no es absoluto[55], pues la Constitución limita la competencia de los árbitros para resolver sobre aquellas controversias susceptibles de transacción[56]. Es decir, las partes tienen plena libertad de suscribir un convenio arbitral dentro de las materias transigibles. En palabras de Salcedo Verduga: "[l]a materia transigible constituye todos aquellos bienes y derechos de contenido patrimonial sobre los cuales las partes tienen capacidad legal para disponer libremente de ellos y cuya disposición no es contraria a la Ley, orden público y buenas costumbres"[57]. La materia societaria cumple estos requisitos ya que es de carácter patrimonial y las partes pueden resolver un conflicto por medio de renuncias y concesiones mutuas. Por lo tanto, los socios y accionistas de cualquier tipo de compañía pueden incorporar una cláusula arbitral al estatuto social.

54. R. Guastini, *Interpretación y razonamiento jurídico*, Vol. II, ARA Editores, 2010.
55. J. Fernández, "Arbitraje y jurisdicción: una interacción necesaria para la realización de la justicia", *Derecho Privado y Constitución*, No. 19, 2005.
56. M. Andrade, "Ley de Arbitraje y Mediación Transigible y Arbitraje en Equidad", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 3, 2011.
57. E. Salcedo Verduga, *El Arbitraje: La Justicia Alternativa*, Editorial Miguel Mosquera, 2001.

Por otro lado, el artículo 137 de la Ley de Compañías permite incorporar pactos lícitos y condiciones especiales que los socios juzguen convenientes al estatuto, pues manda:

> La escritura de constitución será otorgada por todos los socios, por sí o por medio de apoderado. Los comparecientes deberán declarar bajo juramento lo siguiente: […] *Los demás pactos lícitos y condiciones especiales que los socios juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a lo dispuesto en esta Ley* (énfasis añadido)[58].

El convenio arbitral cumple estas características. Es un acuerdo de voluntades, es decir constituye un pacto; es lícito, pues la Constitución lo prevé en su artículo 190, y la materia societaria, al ser parte del derecho patrimonial, es transigible. Además, es una condición especial, pues sale de la esfera de lo general, que vendría a ser la justicia ordinaria. Por lo tanto, a través del mencionado artículo se afirma que el convenio arbitral siempre pudo incorporarse al estatuto de cualquier compañía, aún sin la existencia de una norma expresa.

Finalmente, el ordenamiento jurídico ecuatoriano reconoce al estatuto como un contrato de derecho privado[59]. En este sentido, el artículo 1460 del Código Civil manda que se podrán incorporar al contrato cláusulas especiales, es decir, cláusulas que naturalmente no le pertenecen pero que se agregan por voluntad de las partes. La cláusula arbitral es una cláusula especial que se puede incorporar accidentalmente al estatuto de una compañía, por lo que está permitida.

En definitiva, los socios y accionistas siempre han tenido la facultad de optar por la vía arbitral como medio de resolución de controversias societarias, esto con base en la autonomía de la voluntad de las partes. Las disposiciones con respecto al arbitraje estatutario en las sociedades por acciones

58. Ley de Compañías, N. 28, Artículo 137.
59. Código Civil, N. 11, Artículo 1957.

simplificadas únicamente ratifican la libertad de los socios y accionistas para incorporar este tipo de convenios. Por lo tanto, el arbitraje estatutario es reconocido en el ordenamiento jurídico ecuatoriano para todo tipo de compañías.

3. Teoría de la extensión de la cláusula arbitral estatutaria a tercernos ajenos a la compañía

El ámbito de aplicación de la cláusula arbitral ha ido aumentando en los últimos tiempos, pues se han desarrollado varias teorías para incluir en el proceso arbitral a partes no signatarias de la cláusula arbitral[60]. En el arbitraje estatutario no es diferente. En este capítulo se estudiará la teoría de que la cláusula arbitral estatutaria, como regla general, cobija únicamente a los socios o accionistas de la compañía, lo que impide la aplicación de la teoría de partes no signatarias, salvo ciertas excepciones.

3.1. La teoría de la extensión establece que la cláusula no es oponible a terceros ajenos a la persona jurídica

El fin del convenio arbitral estatutario es la posibilidad de resolver controversias societarias[61]. Su eficacia es la sumisión a arbitraje frente a conflictos que puedan surgir entre los miembros del contrato social[62]. Es decir, la cláusula tiene como finalidad resolver los posibles conflictos que puedan surgir entre quienes forman parte de la compañía. Por lo tanto, como regla general, las partes amparadas por la misma son únicamente sus socios o accionistas. Es consecuencia, la cláusula arbitral estatutaria no cobija las controversias que se den entre la compañía y terceros ajenos a esta.

---

60. H, García, "Partes no signatarias del convenio arbitral: entre la realidad económica y la ficción jurídica", *Iuris Dictio*, Vol. 15, 2013.
61. M. Olivencia, N. 44.
62. M. González, *Comentario del artículo 10 de la Ley de Arbitraje*, en J. Garberrí Llobregat, *Comentarios a la Ley 60/2003 de 23 de diciembre, de arbitraje*, Bosch, 2004.

En el estatuto de una compañía, las partes son los socios o accionistas, pues esta ha nacido como consecuencia de su voluntad. Tomando en consideración un contrato solo obliga a sus partes, un tercero ajeno a los estatutos no puede estar vinculado por el mismo[63], esta regla se intensifica en el arbitraje debido a su carácter excepcional. Al ser excepcional a la justicia ordinaria, el convenio arbitral debe ser interpretado en sentido restrictivo[64], sin permitir que este se extienda a quienes no lo han suscrito o a quienes no se han incorporado a la compañía con posterioridad.

No se puede pretender que personas externas a la compañía tengan un derecho propio de los socios o accionistas. En este sentido, la voluntad de los terceros ajenos a una compañía de arbitrar, basándose en la cláusula arbitral contenida en los Estatutos, es irrelevante. No podrán utilizar la vía del arbitraje para sustanciar sus reclamos. Si se acepta que la voluntad del tercero que busca demandar a una compañía con base en la cláusula arbitral de sus estatutos es suficiente para iniciar el proceso arbitral, entonces bajo la misma premisa, también se entendería que este tiene la potestad de hacer valer derechos tales como el de voto o el de recibir dividendos, que son exclusivos de los socios o accionistas[65].

Este tipo de cláusulas contemplan conflictos que claramente son propios de los socios o accionistas, un tercero ajeno nada tendrá que ver en dichos escenarios. Incluso, en el supuesto caso de que la cláusula también contemple la venta y comercialización de acciones, esta será con respecto a la venta parcial; en donde ninguno de los accionistas deja de ser parte de la compañía.

---

63. J. Córdova, *¿Arbitrar o no Arbitrar? He Ahí el Dilema: La Vinculación del Convenio Arbitral a los No Signatarios*, Tesis para optar por el título de abogado, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013.
64. F. Trazegnies, "El rasgado del velo societario en la determinación de la competencia dentro del arbitraje", *Iuris Dictio*, No. 11, 2007.
65. Artículo 114 de la Ley de Compañías manda los derechos de los socios, los cuales se encuentran en el contrato social.

En otras palabras:

> *El convenio arbitral incluido en una cláusula de estatutos no puede servir para sujetar a arbitraje todas las controversias extra-corporativas de los socios*. Los estatutos son las reglas de funcionamiento del contrato de sociedad, en consecuencia, las únicas relaciones jurídicas que pretenden disciplinarse son las societarias [...]. Existen, pues, controversias entre socios que son litigios societarios y luego, litigios extra-societarios. Las primeras están cubiertas por el convenio arbitral estatutario, las segundas no pueden estarlo (énfasis añadido)[66].

Por lo tanto, de la cláusula arbitral estatutaria no puede inferirse la voluntad de la compañía de ir a arbitraje con terceros ajenos. La voluntad es un requisito de existencia del acuerdo arbitral. A falta de dicho requisito, se estaría en presencia de la "nada jurídica"[67], es decir de la ausencia de obligaciones, particularmente, de la obligación por parte de la compañía de acudir a la vía arbitral con terceros ajenos a esta. Es diferente si se celebra un contrato entre la compañía y los terceros ajenos a la misma, en el cual se suscriba una cláusula arbitral[68].

En el supuesto caso de que un tribunal arbitral vincule a terceros ajenos a la compañía, el laudo que emita podrá ser anulado. Esto sucedió en un caso llevado en España, en el cual una compañía, que tenía una cláusula arbitral en su estatuto, tuvo un conflicto con un tercero ajeno por un tema comercial. El tribunal arbitral se declaró competente y emitió un laudo, ante esta situación, el demandado interpuso un recurso de nulidad ante la Audiencia Provincial de Barcelona. Dicho tribunal falló a favor de la anulación del laudo, indicando que:

> [e]n el caso que nos ocupa constituye un conflicto de carácter patrimonial en el seno de una relación particular y que se trata

66. L. Fernández del Pozo, "¿Cubre la cláusula estatutaria de arbitraje las controversias sobre validez de la transmisión de acciones o participaciones? Comentario a la sentencia de la Audiencia Provisional de Barcelona", *Anuario de Justicia Alternativa,* No. 2, 2001.
67. F. Gonzáles de Cossío, *Arbitraje*, 2da. Ed, Porrúa, 2008.
68. J. Córdova, N. 63.

> de cuestiones relacionadas con la sociedad. No se trata de una controversia entre socios que se desenvuelva en el ámbito de la sociedad, sino externamente a ella, aunque pueda tener un efecto reflejo para sociedad. *La cláusula arbitral vincula a los socios en relación exclusivamente a las controversias dimanantes del contrato de sociedad, no, como en el caso examinado, a las controversias dimanantes del contrato de compraventa de acciones en el cual no se pactó la remisión al arbitraje* (énfasis añadido)[69].

En definitiva, la cláusula arbitral estatutaria no podrá entenderse como una oferta por parte de la compañía a arbitrar. Cuando una compañía incorpora en su estatuto una cláusula arbitral es para resolver sus conflictos internos. Es decir, no podrá ir a arbitraje con terceros ajenos a la compañía justificándolo en la cláusula arbitral estatutaria, pues esta solo cobija a los socios o accionistas. Ello en virtud de que los conflictos que se resuelven son societarios, es decir conflictos que únicamente se suscitan entre socios o accionistas o entre estos y la compañía.

3.2. Escenarios en los que la cláusula arbitral se extiende a personas que no son socios o accionistas

A pesar de que la cláusula arbitral estatutaria no es oponible a terceros que no forman parte de la compañía, es necesario hacer una diferenciación entre terceros relacionados y terceros ajenos a la misma. Ello debido a que existen escenarios en los que ciertas personas, a pesar de no ser socios o accionistas, son cercanas o incluso indispensables para el funcionamiento de una compañía. Estos terceros relacionados pueden ser personas naturales que, sin ser accionistas, se rigen por el contrato social; o, personas jurídicas que tienen una relación estrecha con la compañía[70].

---

69. Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Quince, Recurso de anulación del laudo del TAB, 20/11/1998, tercer fundamento.
70. R. Caivano, "Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario", *Lima Arbitration,* No. 1, 2006.

En otras palabras, son personas naturales o jurídicas que no firmaron el contrato de sociedad con el que nació la compañía y que, luego de constituida, no han adquirido la calidad de socios o accionistas. La relación que tienen con la compañía es circunstancial y tiene fines económicos o comerciales.

Es a partir de esta diferenciación que se plantearán escenarios específicos en los que los efectos de la cláusula arbitral estatutaria pueden extenderse a terceros relacionados. Estos son con respecto a **(i)** los administradores y, **(ii)** la teoría del grupo de sociedades. En estos dos escenarios se verá que las partes que no han convenido expresamente la cláusula arbitral estatutaria pueden invocarla a su favor y accionarla[71].

Con respecto al primer escenario, entre los administradores y la sociedad existe un contrato desde el momento en el que los primeros aceptan el cargo[72]. A partir de ese momento el administrador se obliga a acatar todas las normas que rigen a la sociedad, siendo estas la ley y el estatuto de creación[73]. Este nexo entre la sociedad y la administración es independiente del hecho de que los administradores sean o no accionistas.

El que la administración se regule por el contrato social significa que tiene la obligación de someterse a esas normas en el ejercicio de sus funciones. Por lo tanto, esta obligatoriedad también puede versar sobre convenio arbitral, dependiendo de su redacción[74]. Si su redacción es amplia, significa que esta cobija a quienes forman parte de la compañía sin ser socios o accionistas, como los administradores[75]. Por el contrario, si la cláusula delimita los conflictos que se resolverán a través de la vía arbitral a conflictos que se dan únicamente entre sus socios

71. F. Orrego, "La extensión de la cláusula arbitral a terceros: realidades económicas y ficciones jurídicas", *Anuario Latinoamericano de Arbitraje*, No. 2, 2012.
72. G. García, *Arbitraje estatutario: antecedentes, alcances y aplicación en el Ecuador,* Tesis para la obtención del título de abogado, Universidad Católica de Guayaquil, 2019.
73. F. Béjar Pinedo, N. 37.
74. G. García, N. 72.
75. J. Lee, N. 42.

o accionistas, claramente los administradores estarán fuera de su ámbito de aplicación.

El segundo escenario es con respecto a las sociedades relacionadas o grupos de sociedades. Estos terceros relacionados son un conjunto de empresas, jurídicamente independientes, que se encuentran sujetas por una misma unidad económica[76]. Todas las decisiones que se toman siguen el interés común de todos los miembros del conjunto. El fenómeno de los grupos de sociedades se ha dado como respuesta a nuevas necesidades de organización corporativa[77]. Es la descomposición de la empresa en una pluralidad de sociedades, bajo una dirección unificada. Es por esto que se podría entender que la cláusula arbitral es vinculante para las compañías que forman parte del grupo.

El planteamiento y desarrollo de esta teoría se origina en el caso *Dow Chemical c. Isover Saint Gobain*, en donde se estableció que:

> [l]a cláusula arbitral expresamente aceptada por determinadas sociedades del grupo económico debe obligar a las otras que, en virtud del rol que les cupo en la celebración, ejecución o rescisión de los contratos que contienen la cláusula arbitral y de acuerdo con la común intención de todas las partes del juicio arbitral, parecen haber sido verdaderas partes en los contratos o estuvieron ampliamente comprometidas en ellos y en los conflictos que de ellos surgieron[78].

En este sentido, si una de ellas ha incorporado una cláusula arbitral a su estatuto, las demás sociedades pueden ser cobijadas por esta. Ello en virtud de que esta teoría se ha utilizado para tratar a estas sociedades como una sola[79]. En el

76. F. Béjar Pinero, N. 37.
77. F. Galgano, "Los Grupos Societarios", *Foro de Derecho Mercantil*, No. 1, 2003.
78. Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Inernacional, *Dow Chemical c. Isoves Saint Gobain*, Caso 4131, 1982.
79. S. McKinnis, "Enforcing Arbitration with a non-signatory: Equitable Stoppel and Defense Piercing of the Corporate Veil", *Journal of Dispute Resolution, University of Missouri*, 1995.

caso citado el conflicto se da por un contrato que contiene una cláusula arbitral, es por esto que terceros ajenos a la compañía la han accionado y han incorporado a otras empresas del grupo. En el arbitraje estatutario se podría verificar esta teoría si una de las compañías del grupo tiene una cláusula arbitral en su estatuto y, al presentarse una controversia entre esta y otra compañía integrante, esta última acciona la cláusula arbitral de la primera.

En este escenario, el consentimiento de las demás sociedades del grupo se deriva del conocimiento de la existencia del convenio arbitral[80]. Además, para que se puedan incorporar las demás sociedades que forman parte del grupo, se debe comprobar que integran un patrimonio y voluntad común[81].

Estos dos escenarios son excepciones a la regla general sobre la extensión de la cláusula arbitral estatutaria. En el caso de los administradores, su participación en la cláusula arbitral será decidida por los socios o accionistas al momento de redactar el convenio. Mientras que, en la teoría de grupos de sociedades, se debe justificar y probar que las sociedades forman un conjunto económico. Al ser excepciones, estos escenarios se deben justificar dentro del proceso arbitral, toda vez que siguen siendo terceros no signatarios del convenio.

4. Aplicación de la teoría de extensión de la cláusula arbitral en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

La LAM no contempla ni regula el arbitraje estatutario en sus artículos. Sin embargo, este tipo de arbitraje se regula en la Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación, que reformó la Ley de Compañías. Al ser una regulación nueva, no ha sido

80. J. Santistevan, "Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias: Expresión de la inevitabilidad del arbitraje", *Revista Peruana de Arbitraje*, No. 8, 2009.
81. Trazegnies, N. 64.

interpretada. Es por esto que se utilizará Derecho comparado para dar luces de la interpretación que se debe adoptar con respecto a la extensión de la cláusula arbitral estatutaria a terceros ajenos a la compañía en el Derecho ecuatoriano.

4.1. Ordenamientos jurídicos afines al ecuatoriano que aplican la teoría de extensión de la cláusula arbitral estatutaria

Varios ordenamientos jurídicos se han adelantado en regular el arbitraje estatutario. Dentro de los que se analizarán a continuación se encuentran: Chile, Perú y España.

El numeral 10 del artículo 4 de la Ley 18.046 de Chile, referente a las sociedades anónimas, especifica que:

> [l]a escritura de la sociedad debe expresar: […] 10. La naturaleza del arbitraje a que deberán ser sometidas las *diferencias que ocurran entre los accionistas en su calidad de tales, o entre estos y la sociedad o sus administradores, sea durante la vigencia de la sociedad o durante su liquidación. Si nada se dijere, se entenderá que las diferencias serán sometidas a la resolución de un árbitro arbitrador* […] (énfasis añadido)[82].

En este sentido, la mencionada norma manda que la cláusula de arbitraje estatutario solo es oponible a las partes del contrato de sociedad. El ordenamiento jurídico chileno ha extendido los efectos de la cláusula arbitral a los administradores de la compañía, quienes no necesariamente tienen la calidad de socios o accionistas. Por lo tanto, este artículo vincula a terceros relacionados al arbitraje al afirmar que el arbitraje estatutario surge para "diferencias que ocurran entre los accionistas en su calidad de tales, o entre estos y la sociedad o sus administradores, sea durante la vigencia de la sociedad o durante su liquidación".

82. Ley 18.046 de Chile, Artículo 4(10), referente a las sociedades anónimas, 21/10/1981.

Por otro lado, la Sexta Disposición Complementaria de la Ley de Arbitraje de Perú prevé que:

> [p]uede adoptarse un convenio arbitral en el estatuto de una persona jurídica para resolver las controversias entre la persona jurídica y sus miembros, directivos, administradores, representantes y funcionarios o las que surjan entre ellos respecto de sus derechos u obligaciones o las relativas al cumplimiento de los estatutos o la validez de los acuerdos. El convenio arbitral alcanza a todos los miembros, directivos, administradores, representantes y funcionarios que se incorporen a la sociedad así como a aquellos que al momento de suscitarse la controversia hubiesen dejado de serlo. El convenio arbitral no alcanza a las convocatorias a juntas, asambleas y consejos o cuando se requiera una autorización que exija la intervención del Ministerio Público[83].

Dicha norma establece que la cláusula arbitral estatutaria cobija las personas que forman parte de la compañía. Extiende su ámbito de aplicación a los directivos, administradores, representantes, funcionarios e incluso a las personas que han dejado de tener tal calidad. Cabe mencionar que esta disposición fue incorporada en la reforma a la LAM, pues su anterior artículo 11 limitaba el ámbito de aplicación a conflictos que susciten entre los socios y accionistas actuales.

Mantilla, al comentar acerca de la reforma a dicho artículo ha mencionado que: "esta extensión forzada del convenio arbitral dará lugar a abundante debate en materia de jurisdicción del tribunal arbitral"[84]. Ello en virtud de que se ha extendido la cláusula arbitral estatutaria a terceros relacionados que no son parte directa del estatuto o que han dejado de serlo. Sin embargo, Pérez considera que esta disposición únicamente, "reafirma la voluntad del legislador […] de cerrar el círculo de una sociedad en la solución de las

83. Decreto Legislativo 1071 de Perú, 01/09/2008.
84. F. Mantilla, "Breves Comentarios sobre la nueva Ley Peruana de Arbitraje", *Lima Arbitration,* No. 4, 2011.

controversias que se puedan suscitar"[85]. Pues, dicha extensión afirma que además de los socios o accionistas, los únicos que pueden ser cobijados por la cláusula son los terceros relacionados. En consecuencia, manda tácitamente que los terceros ajenos a la compañía quedan excluidos del ámbito de aplicación. Dentro de los tres ordenamientos jurídicos que se analizan, el peruano es el único que menciona la extensión a los antiguos administradores o socios, lo que ratifica que, para realizar dicha extensión, debe existir norma expresa.

Finalmente, el artículo 11 *bis* de la Ley de Arbitraje de España manda que:

> *Las sociedades de capital podrán someter a arbitraje los conflictos que en ellas se planteen*. 2. La introducción en los estatutos sociales de una cláusula de sumisión a arbitraje *requerirá el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o a las participaciones en que se divida el capital social*. 3. Los estatutos sociales podrán establecer que la impugnación de los acuerdos sociales por los socios o administradores quede sometida a la decisión de uno o varios árbitros, encomendándose la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a una institución arbitral (énfasis añadido)[86].

El ordenamiento jurídico español hace referencia a que todos los conflictos que se puedan dar en este tipo de sociedades podrán ser resueltos en arbitraje. Esta disposición es amplia y no menciona específicamente quienes son las partes de dichas controversias. Sin embargo, Merino Merchán al comentar sobre este cuerpo normativo menciona que quienes están cobijado por la cláusula arbitral estatutaria son: **(i)** los socios fundadores y socios futuros; **(ii)** los socios que disienten de la introducción del convenio arbitral; **(iii)** los socios que niegan su condición de tales; y, **(iv)** los conflictos

85. M. Pérez, "El Convenio Arbitral en el arbitraje societario y sus efectos en la sociedad", *Actualidad Jurídica*, No. 299, 2018.
86. Ley 60/2003 de Arbitraje de España, última modificación, 06/10/2015.

entre el administrador y la sociedad, cuando la redacción del convenio lo permita[87].

Por otro lado, menciona que tanto los obligacionistas como los titulares de derechos reales sobre las acciones y/o participaciones de las compañías quedan excluidos del arbitraje ya que ostenten la posición de terceros frente a la compañía[88].

Además, en el segundo numeral afirma que la voluntad que se ve plasmada en la cláusula arbitral es la de los socios o accionistas. Al ser estos los que manifiestan su voluntad al momento de suscribir una cláusula arbitral estatutaria, se deduce que las partes del convenio son los socios o accionistas. Por lo tanto, el ordenamiento jurídico español impide que terceros ajenos a la compañía aleguen estar cobijados por la cláusula arbitral estatutaria.

Las posturas de estos ordenamientos jurídicos varían en temas prácticos. Pero en esencia son los mismos, hacen referencia a que la cláusula arbitral estatutaria cobija únicamente a accionistas y en ciertos casos a personas relacionadas directamente con la compañía. Es decir, los terceros ajenos que tengan una controversia con la persona jurídica no pueden accionar la cláusula arbitral.

4.2. Aplicación de la teoría de extensión de la cláusula arbitral en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

Las características, efectos y extensión de una cláusula arbitral devienen del documento en el que está contenida, en este caso el estatuto de una compañía. El artículo 114 de la Ley de Compañías manda que: "[e]l contrato social establecerá

87. F. Merino Merchán, "Configuración del arbitraje intrasocietario en la Ley 11/2011", *El Notario del siglo XXI*, No. 66, 2013.
88. Ibídem.

los derechos de los socios en los actos de la compañía, especialmente en cuanto a la administración, como también a la forma de ejercerlos, siempre que no se opongan a las disposiciones legales […]". Claramente los estatutos sociales cobijan y generan derechos y obligaciones únicamente para los socios o accionistas; por lo tanto, es ilógico pensar que una persona ajena a esta podría beneficiarse de una cláusula arbitral contenida en un estatuto.

La cláusula arbitral se podrá incorporar al estatuto en dos momentos. El primero es el de creación y constitución de la compañía y, el segundo, una vez que ya se encuentra constituida, con una reforma de estatutos previa decisión de la junta general de accionistas[89].

El artículo 221 de la Ley de Compañías establece claramente que las decisiones que se toman en junta no pueden afectar derechos de terceros[90]. En este sentido, si se acepta que la cláusula arbitral del estatuto de una compañía puede cobijar a terceros ajenos a la misma, se estaría violentando el derecho de los terceros de someterse a la justicia ordinaria. Además, significaría una violación al derecho de elección de la compañía respecto a las controversias que resolverá a través de la vía arbitral y a través de la justicia ordinaria. Por lo tanto, la cláusula arbitral incorporada en un estatuto no debe interpretarse como una oferta de la compañía para arbitrar con terceros.

En el caso *Edmundo Acosta. c. Cía IANCEM S.A.*, la Corte Suprema de Justicia del Ecuador sentenció que: "[l]os Estatutos de una compañía son aplicables únicamente a sus socios o accionistas ya que es producto de su exclusiva voluntad"[91]. El convenio arbitral en los estatutos de una empresa es una de las

89. J. Lee, N. 42.
90. Ley de Compañías, N. 28, Artículo 221.
91. Corte Suprema de Justicia del Ecuador, *Edmundo Acosta c. Cía. IANCEM S.A,* 24/04/2000.

tantas disposiciones que únicamente afectan a sus accionistas porque son ellos quienes presentan su voluntad para redactar los estatutos o incluso para reformarlos.

El convenio arbitral se contempla como un contrato de derecho privado[92]. En este sentido, el artículo 1561 del Código Civil manda que todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes. Por lo tanto, si los contratantes son los socios o accionistas de una empresa, son ellos los únicos que pueden ejecutar la cláusula arbitral. Esto incluye a los futuros socios o accionistas ya que, al incorporarse a la compañía, adquieren la calidad de contratantes.

Finalmente se debe analizar el artículo innumerado 69, luego del artículo 317, de la Ley de Compañías, el cual es el que más interesa a la presente teoría, pues en su parte pertinente manda que:

> "*[l]as diferencias que surjan entre los accionistas, la sociedad o los administradores de una sociedad* por acciones simplificada, que tengan relación con la existencia o funcionamiento de la sociedad, incluida la impugnación de determinaciones de asamblea o junta directiva, así como el abuso del derecho, podrán ser resueltas a través de una mediación. En caso de no llegarse a un acuerdo amistoso, las diferencias mencionadas en el inciso anterior podrán someterse a decisión arbitral, si así se pacta en el estatuto social" (énfasis añadido)[93].

Al establecer que tanto los accionistas como los administradores y la sociedad pueden accionar la cláusula arbitral, afirma que el convenio arbitral estatutario cobija a los socios, accionistas y en ciertos casos a, terceros relacionados. Cuando habla de "sociedad" hace referencia a la persona jurídica como tal, al ente ficticio, por lo tanto, todos los integrantes de la misma no son considerados parte. Siguiendo

92. L. Martínez Vásquez de Castro, *La cláusula compromisoria en arbitraje civil*, Ed. Civitas, 1991.
93. Ley de Compañías, N. 28, Artículo 317.

esta lógica es imposible pensar que terceros ajenos a la compañía son cobijadas por la cláusula arbitral estatutaria, bajo el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

5. Conclusiones

El arbitraje es un medio alternativo, privado, de resolución de conflictos, que se basa en la voluntad de las partes. A pesar de las distintas teorías que pueden aplicarse para incorporar a terceros no signatarios, la voluntad sigue jugando un rol fundamental. Ello en virtud de que constituye la renuncia a un derecho constitucional, es decir, al derecho a ser juzgado por su juez natural, por lo que la voluntad debe ser clara e inequívoca.

Por otro lado, el arbitraje estatutario consiste en el sometimiento a la jurisdicción arbitral de los conflictos internos de una compañía. Es decir, de los conflictos que pueden generarse entre socios o accionistas o incluso entre estos y la compañía como tal. Este tipo de arbitraje nace por la suscripción de una cláusula arbitral en el estatuto de una compañía. Los socios o accionistas son las partes del contrato que contiene la cláusula arbitral, por lo tanto, esta los cobija únicamente a ellos. El límite de la extensión de la cláusula arbitral estatutaria se rige principalmente por tres principios jurídicos: **(i)** *in dubio pro arbitri*, **(ii)** *kompetence-kompetence* y, **(iii)** *res inter alios acta*. A través del primer principio, en caso de duda, la vía arbitral prevalece por sobre la justicia ordinaria, lo cual se aplica en el caso de los nuevos socios o accionistas. El segundo principio afirma que las partes del arbitraje estatutario son quienes han suscrito la cláusula, es decir, los socios y accionistas. Finalmente, el principio *kompetence-kompetence* tiene principal importancia cuando la competencia del tribunal arbitral se vea comprometida, ya sea por la voluntad, tiempo, persona o materia, en este caso se lo aplicaría específicamente cuando se

pretenda incorporar a terceros ajenos a la compañía o incluso a terceros relacionados al proceso arbitral.

En ciertos casos se pueden presentar excepciones a dicha regla. Sin embargo, estas excepciones se deben tratar con pinzas, pues caso contrario, el laudo que emita el tribunal podría sufrir vicios de nulidad. Los escenarios en los que generalmente se puede incorporar a un tercero son respecto a los administradores de la compañía y la teoría de grupo de sociedades. El primer caso sucede cuando la cláusula así lo prevé o cuando su redacción es muy amplia y no delimita a las partes ni a los conflictos que se resolverán a través de la vía arbitral. El segundo caso opera siempre que se haya probado que las sociedades forman un mismo grupo económico y se guían por un interés común, la cláusula arbitral estatutaria operará cuando surja un conflicto entre los accionistas de estas sociedades o entre las sociedades que conforman dicho grupo económico.

Varias compañías han optado por incorporar cláusulas arbitrales en su estatuto ya que es una herramienta de protección por el carácter confidencial que tiene el arbitraje. Este tipo de cláusulas se las utiliza para que los conflictos con respecto a la sociedad, a la venta de acciones, al objeto social o con respecto a los derechos y obligaciones que emanan del estatuto, no se filtren y perjudiquen a la reputación de la compañía. Además, al ser conflictos delicados las partes prefieren que la responsabilidad de resolverlos recaiga sobre un árbitro y no sobre un juez, debido a la reputación que tiene la vía arbitral.

En el Ecuador, este tipo de arbitraje se encuentra regulado en la Ley de Compañías, la cual prevé que se podrá incorporar una cláusula arbitral en el estatuto de las sociedades por acciones simplificadas. Esto no limita su aplicación a todo tipo de compañías, ello en virtud de la interpretación por analogía

y sistemática. En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, se ha adoptado el criterio de que la cláusula arbitral estatutaria cobija a los socios o accionistas y también a administradores. Sin embargo, la extensión a administradores dependerá de la voluntad de los socios o accionistas, reflejada en la redacción de la cláusula.

PINO/ELIZALDE

ABOGADOS

www.pinoelizalde.com

El levantamiento del velo societario en el arbitraje: ¿pueden los árbitros desestimar la personalidad jurídica?

*Elías David Orozco Herrera**

Recibido/Received: 31/07/2020
Aceptado/Accepted: 16/09/2020

Sumario: 1. Introducción. **2.** El levantamiento del velo societario. **2.1.** Responsabilidad limitada. **2.3.** Fundamentos de la perforación del velo societario. **2.4.** Criterios que permiten levantar el velo societario. **2.5.** El levantamiento del velo societario en el sistema jurídico ecuatoriano. **3.** El levantamiento del velo societario en el arbitraje. **3.1.** Principio de relatividad del convenio arbitral. **3.2.** Partes signatarias y partes no signatarias del convenio arbitral. **3.3.** Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias. **3.4.** La desestimación como un mecanismo de incorporación de no signatarios. **4.** Aplicación adjetiva y sustantiva del levantamiento del velo. **5.** Viabilidad de implementar la aplicación adjetiva de la desestimación. **5.1.** El consentimiento implícito del no signatario. **5.2.** El requisito de escrituración del convenio arbitral. **6.** Viabilidad de implementar la aplicación sustantiva de la desestimación. **6.1.** Competencia en razón de la persona. **6.2.** Competencia en razón de la materia. **6.3.** Competencia en razón de la voluntad. **6.4.** Jurisprudencia relativa al tema. **7.** Conclusiones.

Resumen: El levantamiento del velo societario es un mecanismo que produce la inoponibilidad de la personalidad

---

* Estudiante de pregrado del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Correo electrónico: eliasdavidoh@outlook.com

E. D. Orozco Herrera, "El levantamiento del velo societario en el arbitraje: ¿pueden los árbitros desestimar la personalidad jurídica?", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 11, 2020, pp. 489-547.

ISSN: 2600-5611 / e-ISSN: 2600-562X
DOI: 10.36649/rea1117

jurídica. Su tratamiento en el sistema jurídico ecuatoriano ha sido objeto de mucha confusión, sobre todo en relación a los criterios que determinan su procedencia y al alcance de sus efectos. A su vez, esta figura ha sido desarrollada por la jurisprudencia internacional como un supuesto para permitir la incorporación de no signatarios al arbitraje. Este artículo abordará el mecanismo y su incidencia en el arbitraje, distinguiendo entre una aplicación adjetiva y una aplicación sustantiva del mismo. Se concluirá dilucidando si, a la luz de la legislación ecuatoriana, es factible que los árbitros levanten el velo societario.

Palabras Clave: velo societario, partes no signatarias, *alter ego*, inoponibilidad.

Veil piercing in arbitration: Can arbitrators disregard the legal personality?

Abstract: The veil piercing is a mechanism that produces the disregard of the legal personality. Its treatment in the Ecuadorian legal system has been subject of major confusion, especially regarding the criteria to determine its procedure and the scope of its effects. In turn, this figure has been developed by international jurisprudence as a way to allow the inclusion of non-signatories in arbitration. This article addresses the mechanism and its incidence in arbitration, distinguishing between its adjective and subjective application. Ultimately, this paper aims to determine if arbitrators are able to pierce the corporate veil, in the light of the Ecuadorian legislation.

Keywords: veil piercing, non-signatories, *alter ego*, disregard.

1. Introducción

El levantamiento del velo societario es un mecanismo jurídico que, esencialmente, produce la inoponibilidad de la personalidad jurídica. Su tratamiento en la legislación ecuatoriana ha sido objeto de mucha discusión. Más aún, lejos de ser un tema superado, es una figura que en la actualidad deja varias interrogantes sin resolver, sobre todo respecto a su alcance y a los criterios que determinan su procedencia.

Este mecanismo, a su vez, tiene cabida dentro del procedimiento arbitral. Concretamente, puede ser aplicado en dos formas distintas, mas no excluyentes entre sí: **(i)** de forma sustantiva y **(ii)** de forma adjetiva. A pesar de esto, la falta de certeza de nuestra legislación, la escasa jurisprudencia que existe en relación al tema y la propia complejidad que muchas veces supone el arbitraje en nuestro sistema legal han coadyuvado para que la implementación de este mecanismo en el arbitraje enfrente un terreno abundante en complejidad.

Este artículo buscará determinar si, en efecto, es posible que los árbitros levanten el velo societario. Para ello, se abordará, en un primer momento, la figura jurídica del perforamiento del velo societario, calificando sus fundamentos, los criterios que permiten su aplicación, los efectos jurídicos que genera y su tratamiento a la luz de la legislación ecuatoriana.

Posteriormente, se caracterizará la aplicación de este mecanismo en la esfera del arbitraje. Se dará una breve mirada al principio rector del arbitraje y, desde ahí, se abordará la teoría de extensión del convenio arbitral a partes no signatarias. De igual forma, se analizará la implementación del levantamiento como un mecanismo para la incorporación de no signatarios.

En línea con lo anterior, se caracterizará, tanto la aplicación adjetiva, como la aplicación sustantiva de esta figura en el arbitraje. Se tomará en cuenta el régimen específico aplicable a cada una y se dilucidará, en ambos casos, si es posible que el árbitro las aplique a lo largo del proceso arbitral.

Finalmente, se expondrán las conclusiones que creemos son consecuencia adecuada del análisis efectuado a lo largo del estudio.

2. El levantamiento del velo societario

El levantamiento del velo societario es un mecanismo que permite al juez desestimar la personalidad jurídica de una compañía. Como consecuencia de su aplicación, las obligaciones que –en un principio– eran propias de la sociedad le son atribuidas a quienes se ocultaron tras ella. Iniciaremos esta sección abordando la responsabilidad limitada y su utilidad económica **[2.1]**. Posteriormente, nos referiremos a la teoría del levantamiento del velo, sus fundamentos y principales características **[2.2]**. De igual forma, analizaremos los efectos jurídicos que acarrea su activación **[2.3]**. Revisaremos los criterios que la práctica internacional ha formulado para determinar su procedencia **[2.4]**. Finalmente, concluiremos caracterizando su aplicación en el sistema jurídico ecuatoriano **[2.5]**.

2.1. Responsabilidad limitada

Como punto de partida, proponemos situarnos en el principio de responsabilidad limitada. Este principio, cuya aparición ha sido celebrada como el mayor descubrimiento de los tiempos modernos[1], parte del supuesto de concebir a la persona jurídica como un ente sin realidad corpórea, cuya

1. Véase, S. M. Bainbridge, "Abolishing Veil Piercing", *Journal of Corporation Law*, No. 26, 2000.

personalidad difiere de la de sus otorgantes[2]. De ahí, trazando una distinción indiscutible entre su propio patrimonio y aquel intrínseco a la personalidad de quien lo constituyó. Como consecuencia, el desarrollo del Derecho societario se ha cimentado en ambas consideraciones: **(i)** el reconocimiento de la personalidad propia de las sociedades y **(ii)** la concepción de sus socios como centros de imputación ajenos a la misma[3].

La responsabilidad limitada encuentra su aplicación en el género de las compañías mercantiles. Específicamente, esta se refleja en el derecho de los accionistas a no responder –en un monto mayor al de su aportación– por las obligaciones sociales[4]. A causa de esto, los acreedores de la compañía no pueden exigir el pago de tales obligaciones a los accionistas de su deudora, sino exclusivamente por el monto de su aportación al capital social. *Contrario sensu*, esto implicaría desconocer la distinción existente entre la personalidad y el patrimonio de ambas. En palabras de Easterbook & Fischel, "la responsabilidad limitada significa que los inversores de una compañía no responden por más del monto de su inversión"[5]. De esto se desprende que, más allá de ser considerada como un principio, la responsabilidad limitada es un derecho.

La aparición de la responsabilidad limitada ha aportado gran eficiencia a la empresa privada y, en general, al desarrollo de actividades económicas. Principalmente, permite a los accionistas externalizar el riesgo de sus inversiones[6]. Gracias a ello, los inversores pueden incursionar en actividades mercantiles –inherentemente riesgosas– al tener la certeza de que su riesgo será limitado hasta el monto de su inversión.

2. C. Fernández Sessarego, "Visión Tridimensional de la Persona Jurídica", *Revista de Derecho Privado*, No. I, 1997, pp. 17-18.
3. F. Galgano, "Concepto de persona jurídica", *Revista Derecho del Estado*, No. 16, 2004, p. 21.
4. L. E. Ribstein, "Limited Liability and Theories of the Corporation", *Maryland Law Review,* Vol. 50, Iss. 1, 1991, pp. 84-86.
5. Traducción libre. F. Earterbrook & D. Fischel, "*Limited Liability and the Corporation*", *University of Chicago Law Review*, Vol. 52, Iss. I, 1985, p. 90.
6. S. M. Bainbridge, N. 1, p. 12-13.

De no contar con este derecho, los comerciantes se verían forzados a asumir con su propio patrimonio las pérdidas que pueda generar su comercio. Esto culminaría por desincentivar la incursión en actividades productivas. Provocando así, perjuicios generales para toda la sociedad.

En fin, en ausencia de la responsabilidad limitada, los inversores encontrarían una fuerte aversión a constituir empresas, pues correrían el riesgo de comprometer su patrimonio personal en caso de que la compañía no pueda satisfacer sus obligaciones[7].

Al tratarse del ordenamiento jurídico ecuatoriano, la responsabilidad limitada se aplica en ciertas compañías mercantiles reguladas por la Ley de Compañías. Nos referimos específicamente a la compañía de responsabilidad limitada, a la sociedad anónima y, recientemente, a la sociedad por acciones simplificada. Dichas especies societarias comparten la característica de estar conformadas por aportaciones que otorgan el derecho a los socios de limitar su responsabilidad, respondiendo exclusivamente por el monto de su inversión.

Ahora bien, como se ha indicado, la responsabilidad limitada puede aportar innumerables beneficios al desarrollo de actividades económicas[8]. Sin embargo, sus efectos han sido cuestionados por permitir a los accionistas externalizar el riesgo de su conducta y, a sabiendas de esto, actuar de forma socialmente indeseable[9]. En esta línea, Callison agrega que la responsabilidad limitada "crea incentivos para tomar riesgos excesivos al permitir a los propietarios de las firmas evitar los

7. Sobre las ventajas de la responsabilidad limitada, véase P. Halpern *et al*., "An economic analysis of limited liability in corporation law", *Toronto Law Review,* No. 30, 1980, pp. 117-125.
8. Cf., L. E. Risbtein, N. 4, para quien existe más eficiencia al restringir la responsabilidad limitada.
9. R. M. Green, "Shareholders as Stakeholders: Changing Metaphors of Corporate Governance", *Washington and Lee Law Review*, Vol. 50, Iss, 4, 1993, pp. 1414-1415.

costos totales de sus actividades comerciales mientras cosechan la recompensa económica total de dichas actividades"[10].

La crítica no parece tener mucha relevancia frente a obligaciones contractuales pues, como lo explica Bainbridge, al celebrar el contrato el acreedor de la firma tiene una certeza del riesgo que involucra dicho negocio. Sin embargo, la situación no es inocua al tratarse de acreedores extracontractuales pues en tal escenario, no se ha consentido en ninguna relación crediticia con la empresa[11].

El caso adquiere mayor relevancia en el supuesto de que los accionistas actúen con dolo, a sabiendas de que su responsabilidad se encuentra limitada. De ahí que se haya planteado la necesidad de desconocer el principio de responsabilidad limitada en casos donde exista fraude o abuso de derecho[12]. En esta línea, Easterbrook & Fischel afirman que, a pesar de ser un principio fundamental del Derecho societario, "[…] la responsabilidad nunca ha sido absolutamente limitada. Los tribunales ocasionalmente permiten a los acreedores 'perforar el velo corporativo', lo que significa que los accionistas deben satisfacer los reclamos de los acreedores"[13].

2.2. Fundamentos de la perforación del velo societario

El levantamiento del velo societario, conocido también como perforación del velo, *veil piercing* o desestimación de la personalidad jurídica[14], es un mecanismo formulado

10. Traducción libre. W. Callison, "Rationalizing Limited Liability and Veil Piercing", *Business Lawyer* (ABA), Vol. 58, No. 3, 2003, p. 1063.
11. S. M. Bainbridge, N. 1.
12. A. Dasso, *Hacia un nuevo concepto de patrimonio y responsabilidad limitada*, 2011.
13. Traducción libre. F. Easterbrook & D. Fischell, N. 5, p. 89.
14. La figura ha recibido diversas denominaciones por parte de la doctrina, entre ellas se puede citar las siguientes: *corporate veli lifting, disregard of corporate personality*, rasgamiento del velo, corrimiento del velo, penetración del velo, inoponibilidad de la personalidad jurídica, redhibición de la persona jurídica, teoría del allanamiento, prescindencia de la persona jurídica.

por el Derecho anglosajón, que ha sido adoptado por la jurisprudencia internacional sobre la base de criterios que varían en cada jurisdicción[15]. El rasgamiento del velo opera como una excepción al principio de responsabilidad limitada. Su activación, a breves rasgos, implica atribuir las obligaciones de una compañía a sus accionistas ante la concurrencia de ciertos presupuestos[16]. Comúnmente, cuando se determina que la sociedad fue instrumentada para consumar un fraude o un abuso de derecho.

Reyes Villamizar lo define como la "[…] excepción impuesta judicialmente al principio de limitación de la responsabilidad, en virtud de la cual los jueces desestiman la separación de la personalidad de la sociedad y disponen de la responsabilidad de un asociado por obligaciones [sociales]"[17]. Para Casanova Claros, se trata de una forma de

> […] prescindir de la radical separación entre persona jurídica y los miembros que la componen, cuando la estructura de la primera quiere ser utilizada como una pantalla protectora para burlar la ley, para quebrantar obligaciones, para conseguir fines ilícitos y en general para defraudar"[18].

Finalmente, Örn lo caracteriza como "[…] la práctica de los tribunales que permite a los acreedores de una corporación alcanzar los activos de sus accionistas"[19].

El desarrollo de este mecanismo encuentra su fundamento en instituciones jurídicas previamente existentes. En el sistema anglosajón el mismo deriva de la equidad, el fraude y la

Véase, T. Seijas Rengifo, "The disregard of the legal entity (Teoría del levantamiento del velo societario)", *Revista de Derecho y Ciencia Política UNMSM*, Vol. 64 (1), 2007, p. 399.

15. W. L. Cary & M. A. Eisenberg, *Corporations*: *Cases and Materials (University Casebook Series)*, 7ma. Ed., The Foundation Press, 1995, p. 191.
16. H. Gelb, "Limited Liability Policy and Veil Piercing", *Wyoming Law Review*, Vol. 9, No. 2, 2009, p. 553.
17. F. Reyes Villamizar, *Derecho societario en Estados Unidos y en la Unión Europea*, Legis, 2013, p. 207.
18. M. Casanova Carlos, "A propósito del velo societario", *Vox Juris*, No. 14, 2007, p. 130.
19. P. Örn, "Piercing the Corporate Veil – a Law and Economics Analysis", Tesis de maestría, University of Lund, 2009), (05/07/2020), p. 23.

doctrina del *agency*[20]. Por otro lado, en el Derecho continental su aplicación se justifica normalmente en el abuso del derecho y en el principio de la buena fe. Autores como Zorzi[21] sostienen que esta figura corresponde a un conjunto de mecanismos usados para remediar el abuso de la personalidad jurídica[22]. En fin, el levantamiento del velo parte de la necesidad de sancionar el abuso de la responsabilidad limitada y en brindar una protección adecuada a los terceros cuando las sociedades son utilizadas para defraudarlos.

Ahora bien, existe una gran variedad de términos empleados para hacer alusión a este mecanismo. La doctrina por lo general se refiere a la **(i)** perforación, rasgamiento, redhibición del velo societario; **(ii)** desestimación de la personalidad jurídica; **(iii)** teoría del *alter ego*; e, **(iv)** inoponibilidad de la personalidad jurídica. Si bien todos estos términos se refieren genéricamente a la misma figura, en un sentido técnico, no implican lo mismo.

La desestimación de la personalidad jurídica es la traducción del término *disregard of corporate personality* –concebido por el sistema anglosajón– y se refiere a una categoría paraguas que engloba una serie de mecanismos específicos, entre ellos el levantamiento del velo societario[23]. Por otro lado, el término *alter ego* hace referencia a una de las teorías que conduce a la desestimación de la personalidad jurídica. Finalmente, la

20. P. Constantini, "La doctrina del Disregard of the Legal Entity en el derecho inglés", *Revista Jurídica*, Vol. 4, No. 1, 2016, p. 2.
21. Véase, N. Zorzi, "El abuso de la personalidad jurídica", *Revista Derecho del Estado*, No. 16, 2004, p. 29. El autor caracteriza este tipo de abuso como "[…] una expresión elíptica, que equivale al abuso de los derechos sintéticamente resumidos en el concepto de persona jurídica".
22. El abuso de la personalidad jurídica –derivado del género del abuso de derecho– es analizado con base en el tratamiento específico que cada sistema le otorga a la personalidad jurídica. De ahí que los mecanismos empleados para evitarlo se conciban de forma distinta en cada estado. Por ejemplo, en Italia existe el denominado *superamento dello schermo della personalit giuridica*, en Alemania se habla de la figura del *durgriff*, en Gran Bretaña y Estados Unidos se utiliza el término *disregard of corporate personality*, en Francia se emplea el genérico *abus de droit*, mientras que en Latinoamérica y España se lo conoce como levantamiento del velo societario. Cada una de estas figuras tiene un tratamiento distinto en su legislación, sin embargo, todas responden a la misma finalidad.
23. Véase, P. Constantini, N. 20.

inoponibilidad es la consecuencia jurídica que produce la perforación del velo societario.

Nuestra legislación emplea el término "desestimación", "inoponibilidad" y "levantamiento del velo societario" para referirse a la misma figura. A efectos de este estudio, nos referiremos indistintamente a cualquiera de estos conceptos, con excepción de la inoponibilidad y el *alter ego* que serán analizados con posterioridad.

2.3. Efectos del levantamiento del velo societario

Es importante aclarar que la perforación del velo no provoca la nulidad de la figura societaria[24]. Su principal consecuencia jurídica es la inoponibilidad del contrato de sociedad, sin que su existencia o validez resulten afectada[25]. En últimas instancias, puede considerarse que aquello implica la inoponibilidad la personalidad jurídica. Ahora bien, ¿qué se debe entender por inoponibilidad? Según Ospina & Opsina, la cuestión se reduce a

> [d]eterminar si la eficacia de los actos jurídicos entre las partes tiene que ser siempre reconocida y aceptada por los terceros o si estos, por el contrario y a lo menos en algunos casos, están legitimados para rechazar o impugnar esta eficacia entre las partes[26].

Agregan los autores que en el primer caso, se tiene que el acto es oponible, mientras que en el segundo, es inoponible.

Con otras palabras, la oponibilidad de los actos jurídicos puede entenderse como el deber general de respecto que

24. S. Andrade Ubidia, "El levantamiento del velo en la doctrina y la jurisprudencia ecuatoriana", *Foro: Revista de Derecho*, No. 11, 2009, p. 15.
25. L. R. López García, "*La doctrina del levantamiento del velo como supuesto de responsabilidad tributaria*", Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2017, p. 122.
26. G. Ospina Fernández & E. Ospina Acosta, *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*, 7ma. Ed., Temis, 2016, p. 387.

el ordenamiento impone a terceros frente a las relaciones jurídicas de los particulares. Los negocios jurídicos, por regla general, son oponibles en virtud de que sus efectos pueden hacerse valer frente a terceros[27]. Lo propio ocurre en tratándose del contrato de sociedad que da constitución a una compañía. En principio, se entiende que es oponible, en la medida en que los efectos que genera *inter partes* –separación de patrimonios y derecho a la limitación de responsabilidad– deben ser respetados por terceros.

Por el contrario, la inoponibilidad "[...] significa la relativa ineficacia del contrato en el sentido de que sus efectos no podrán hacerse valer frente a dichos terceros"[28]. En el caso que nos ocupa, la inoponibilidad se traduce en la incapacidad de exigir a los terceros el reconocimiento de los efectos derivados del contrato social. Así, tras el levantamiento del velo, el contrato de sociedad se torna inoponible, permitiendo a los acreedores ignorar los efectos que emanan del mismo –como la responsabilidad limitada, la autonomía de patrimonios y la misma existencia de una personalidad jurídica autónoma– para así alcanzar el patrimonio de sus accionistas[29].

Siguiendo la línea planteada por Melich Orsini, podemos considerar que la oponibilidad se proyecta más allá de las relaciones contractuales, inclusive siendo propia de cualquier elemento del orden jurídico como, por ejemplo, una "situación jurídica"[30]. En este sentido, podría también entenderse que la inoponibilidad no recae sobre el contrato social en sí mismo, sino sobre la propia personalidad jurídica de la compañía. De ahí que se explique el empleo de esta terminología en varios sectores

27. Ibídem, p. 388.
28. L. Parraguez Ruíz, *Régimen Jurídico del Contrato*, Borrador 2020, p. 358.
29. J. Trujillo Espinel, "El Abuso de la Personalidad Jurídica de las Sociedades Mercantiles y su Desestimación", *Revista de Derecho Económico*, No. 2, 2010, pp. 109-110.
30. J. Melich Orsini, *Doctrina general del contrato*, 5ta. Ed., Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2012, p. 524.

de la doctrina. En cualquiera de los casos, el efecto resulta en la ineficacia relativa de la personalidad frente a los terceros perjudicados[31].

Resta decir que, tras la declaratoria de inoponibilidad, los acreedores de la compañía pueden perseguir sus acreencias directamente contra quienes se valieron de la sociedad para defraudarlos. En este sentido, el alcance de la perforación del velo no es un tema muy discutido. Nuevamente, esto dependerá de cada legislación pero, en términos generales, se entiende que la responsabilidad alcanza a quien sea que abusó de la personalidad jurídica. Es decir, tanto a accionistas, como directores, gerentes y; en general, cualquier persona natural o jurídica que hubiese ejercido control sobre la sociedad[32].

2.4. Criterios que permiten levantar el velo societario

El rasgamiento del velo societario ha recibido fuertes críticas por la falta de seguridad jurídica que implica admitirlo[33]. Sobre todo, si se toma en cuenta la extensa amplitud de escenarios que permiten al juez perforar el velo y, en cualquier caso, la falta de certeza que existe en torno a los mismos. Es realmente difícil encontrar criterios uniformes al tratarse de esta figura. Hacemos propias las palabras de Bainbridge al afirmar que "simplemente no existen reglas claras para decidir cuando los tribunales perforarán el velo corporativo"[34].

31. M. & M. Bomchil, *La Inoponibilidad de la Persona Jurídica Societaria y el Art. 54, Tercer Párrafo, de la Ley 19.550 de Sociedades Comerciales*, <https://bit.ly/3kh5BPC>, p. 8.
32. Véase, C. Boldó Roda, *Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español,* 4ta. Ed., Aranzadi, 1996.
33. Véase, P. Oh, "Veil-Piercing", *Texas Law Review*, Vol. 89, 2010.
34. Traducción libre. S. M. Bainbridge, N.1, p. 45.

Dentro del sistema anglosajón, los criterios que permiten la desestimación varían según la jurisprudencia de cada estado[35]. No obstante, a criterio de Örn, las cortes estadounidenses han desarrollado tres teorías para determinar su procedencia: **(i)** *instrumentality*; **(ii)** *alter ego*; e, **(iii)** *identity*[36].

La teoría de la instrumentalidad fue desarrollada por Powell y consiste en un proceso de verificación compuesto por tres factores. Esencialmente, debe comprobarse que la sociedad operó para la prosecución de los objetivos de quienes la controlan, que dicho control se ejerció con propósitos fraudulentos y, que de ello, se produjo un daño a terceros[37].

La teoría del *alter ego* tiene su origen en el caso *Harris c. Youngstown Bridge Co.* y según Örn, el término consiste en una metáfora para caracterizar "[…] una relación inaceptablemente cercana entre una corporación matriz y una subsidiaria, lo que resulta en la desestimación de la identidad corporativa separada de la subsidiaria"[38]. Básicamente, considerar a una compañía como un *alter ego* de otra implica concluir que la separación entre ambas es, a tal punto, insustancial que entre ellas existe una misma unidad de propiedad e intereses.

La teoría de la identidad –estrechamente relacionada a la teoría del *alter ego*– permite levantar el velo societario, de

35. Así, por ejemplo, las cortes de California e Illinois permiten la perforación del velo ante la concurrencia de dos requisitos: **(i)** que la empresa sea un *alter ego* controlado por sus accionistas y; **(ii)** que adherirse a la regla de la responsabilidad limitada eximiría un fraude. Véase, Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito de Estados Unidos, *Van Dorn Co. c. Future Chemical and Oil Corp*, 753 F.2d 565, 23/01/1985, párr. 565-570. Por su parte, las cortes de Virginia han admitido la desestimación cuando: **(i)** la sociedad es controlada bajo el dominio del demandado y; **(ii)** cuando esta fue empleada como una fachada para disfrazar errores, perpetuar fraudes u ocultar delitos. Véase, Corte de Apelaciones del Cuarto Circuito de Estados Unidos, *Perpetual Real Estate Services, Inc. c. Michaelson Properties*, Inc., 974 F.2d 545, 08/091992, párr. 974. Por otro lado, la Corte del Segundo Circuito de Nueva York ha afirmado: "*[veil may be pierced either] to prevent a fraud or other wrong, or where a parent [corporation] dominates and controls a subsidiary.*" Véase, Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de Nueva York, *Passalacqua Builders, Inc. c. Resnick Developers South, Inc*, 933 F.2d 131, 14/05/1991.
36. P. Örn, N. 19, p. 23.
37. P. Constantini, N. 20, p. 17.
38. P. Örn, N. 19, p. 27.

igual forma, ante la existencia de una identidad compartida por una sociedad y quienes la controlan. Esto ha llevado a muchos autores a cuestionar la distinción entre ambas teorías. De hecho, Blumberg afirma que, a pesar de presentarse con formulaciones distintas, las tres variantes son sustancialmente las mismas[39].

A todo esto, la Corte de Apelaciones del Primer Distrito de California, en el caso *Associated Vendors, Inc. c. Oakland Meat Co.*[40], enlistó veinte supuestos fácticos que comúnmente se enmarcan en estas teorías y permiten a los tribunales perforar el velo societario. A su vez, autores como Caivano & Silva Romero coinciden con los escenarios presentados por la corte y citan el caso *United States c. Jon-T Chemicals, Inc.*[41] como un

39. Véase, P. Blumberg, *The Multinational Challenge to Corporation Law: The Search for a New Corporate Personality*, Oxford University Press, 1993, p. 84.
40. Corte de Apelaciones del Primer Circuito de California, *Associated Vendors, Inc. c. Oakland Meat Co*., 210 Cal.2d 825, 17/12/1962, párr. 838-842. La corte en su sentencia sostuvo: "*[a] review of the cases which have discussed the problem [veil piercing] discloses the consideration of a variety of factors which were pertinent to the trial court's determination under the particular circumstances of each case. Among these are the following: [1] Commingling of funds and other assets, failure to segregate funds of the separate entities, and the unauthorized diversion of corporate funds or assets to other than corporate uses; [2] the treatment by an individual of the assets of the corporation as his own; [3] the failure to obtain authority to issue stock or to subscribe to or issue the same; [4] the holding out by an individual that he is personally liable for the debts of the corporation; [5] the failure to maintain minutes or adequate corporate records, and the confusion of the records of the separate entities; [6] the identical equitable ownership in the two entities; [7] the identification of the equitable owners thereof with the domination and control of the two entities; [8] identification of the directors and officers of the two entities in the responsible supervision and management; [9] sole ownership of all of the stock in a corporation by one individual or the members of a family; [10] the use of the same office or business location; [11] the employment of the same employees and/or attorney; [12] the failure to adequately capitalize a corporation; [13] the total absence of corporate assets and undercapitalization; [14] the use of a corporation as a mere shell, instrumentality or conduit for a single venture or the business of an individual or another corporation; [15] the concealment and misrepresentation of the identity of the responsible ownership, management and financial interest, or concealment of personal business activities; [16] the disregard of legal formalities and the failure to maintain arm's length relationships among related entities; [17] the use of the corporate entity to procure labor, services or merchandise for another person or entity; [18] the diversion of assets from a corporation by or to a stockholder or other person or entity, to the detriment of creditors, or the manipulation of assets and liabilities between entities so as to concentrate the assets in one and the liabilities in another; [19] the contracting with another with intent to avoid performance by use of a corporate entity as a shield against personal liability, or the use of a corporation as a subterfuge of illegal transactions; [20] and the formation and use of a corporation to transfer to it the existing liability of another person or entity*".
41. Corte de Apelaciones del Quinto Circuito de Estados Unidos, *United States c. Jon-T Chemicals, Inc*., 768 F. 2d 686, 16/08/1985.

referente que resume y sistematiza tales causales. En el caso, la Corte de Apelaciones del Quinto Circuito realizó un ejercicio de recopilación en el cual, tras analizar la jurisprudencia relativa a la materia, estableció los siguientes supuestos que permiten a los tribunales perforar el velo societario: **(i)** cuando la compañía ha sido establecida con propósitos fraudulentos o es empleada para cometer actos ilegales; **(ii)** cuando los accionistas extraen los activos de la compañía; **(iii)** cuando una compañía principal domina totalmente y controla a una subsidiaria; **(iv)** cuando la compañía es un *alter ego*[42] del principal; y, **(v)** cuando reconocer la personalidad diferenciada atenta contra el orden público o exime a alguien de responsabilidad penal.

Es posible distinguir estándares similares en otras jurisdicciones. Tras haberse desarrollado por la jurisprudencia americana, la teoría de la desestimación fue implementada por tribunales ingleses en una serie de casos resueltos tras la Primera Guerra Mundial[43]. Entre los más emblemáticos, destaca el caso *Salomon c. Salomon & Co. Ltd.*[44] en el cual, el juez Vaughn Williams permitió la desestimación considerando que la sociedad Salomon & Co. Ltd. fue utilizada para defraudar a terceros acreedores. Sin embargo, el fallo fue anulado por la Cámara de los Lores, lo cual marcó un importante precedente que desembocaría en una tendencia mayoritaria a inadmitir

42. Ibídem, párr. 692. La corte hace referencia al término *alter ego* y presenta una lista de circunstancias que permiten caracterizar a una compañía como tal: "*we have instead developed a laundry list of factors to be used in determining whether a subsidiary is the alter ego of its parent. These include whether: [1] the parent and the subsidiary have common stock ownership; [2] the parent and the subsidiary have common directors or officers; [3] the parent and the subsidiary have common business departments; [4] the parent and the subsidiary file consolidated financial statements and tax returns; [5] the parent finances the subsidiary; [6] the parent caused the incorporation of the subsidiary; [7] the subsidiary operates with grossly inadequate capital; [8] the parent pays the salaries and other expenses of the subsidiary; [9] the subsidiary receives no business except that given to it by the parent; [10] the parent uses the subsidiary's property as its own; [11] the daily operations of the two corporations are not kept separate; and [12] the subsidiary does not observe the basic corporate formalities, such as keeping separate books and records and holding shareholder and board meetings*".
43. Véase, L. R. López García, N. 25.
44. *Salomon c. A Salomon & Co. Ltd.* [1897] AC 22 (HL).

la desestimación de la personalidad jurídica por parte de la jurisprudencia inglesa[45].

Por otro lado, se afirma que la recepción de la teoría en el Derecho continental se origina en la doctrina alemana; en concreto, en la obra "*Rechtsformund Realitat Juristischer Personen*" publicada por el tratadista alemán Serick[46]. En ella se recopilan tres criterios que posteriormente serían empleados por la jurisprudencia alemana para perforar el velo societario: **(i)** fraude a la ley; **(ii)** fraude o lesión del contrato; y, **(iii)** cualquier otro fraude en perjuicio de terceros[47].

Según Hurtado Cobles, los aportes de Serick influyeron de manera determinante en la recepción del levantamiento del velo societario en el Derecho español[48]. A su vez, Reyes Villamizar afirma que, a pesar de que en España no existan causales específicas para la perforación del velo, comúnmente su jurisprudencia permite la activación de este mecanismo frente a **(i)** actos fraudulentos; **(ii)** abusos del derecho; y, **(iii)** violaciones a la buena fe[49].

Si bien es difícil encontrar una tipología uniforme al tratarse de los presupuestos que permiten la desestimación, la jurisprudencia acepta su procedencia ante la concurrencia de factores relativamente similares. Comúnmente, frente a la existencia de un fraude, abuso del derecho o cuando la compañía es utilizada como un *alter ego*. Tras realizar un análisis de jurisprudencia comparada, Ugarte llega a una conclusión similar a la expuesta. El autor señala:

---

45. N. Upadhyay, "Piercing the Corporate Veil: An Analysis of Lord Sumption's Attempt to Avail a Troubled Doctrine", *Auckland University Law Review*, Vol. 21, 2015, p. 117.
46. L. R. López García, N. 25, p. 60.
47. Ibídem.
48. J. Hurtado Cobles, *La doctrina del levantamiento del velo societario en España e Hispanoamérica*, Atelier, 2008, p. 34.
49. F. Reyes Villamizar, *Derecho Societario*, Tomo I, 3ra Ed., Temis, 2016, p. 316.

> […] el abuso de la forma societaria y la consiguiente aplicación de la técnica judicial del levantamiento del velo tienen lugar ante la presencia de dos supuestos copulativos: primero, la identidad personal o patrimonial entre una sociedad y uno o más de sus socios, administradores o sociedades relacionadas; y segundo, la instrumentalización abusiva de tal sociedad para la consecución de un fraude a la ley o a los derechos de terceros[50].

De igual forma, Oh afirma: "[n]o existe una prueba uniforme para la perforación del velo, sin embargo, comúnmente requiere demostrar que una corporación era un 'alter ego' o una 'instrumentalidad', controlada o dominada por un accionista para perpetuar un fraude, mal, o injusticia […]"[51].

2.5. El levantamiento del velo societario en el sistema jurídico ecuatoriano

El levantamiento del velo societario no es una cuestión desconocida por el Derecho ecuatoriano. Existen varias disposiciones en nuestro ordenamiento jurídico que, si bien hacen referencia a la desestimación, son poco claras respecto al tratamiento que esta figura merece en nuestro sistema. Más aún, son preocupantes debido al amplio alcance que otorgan a sus efectos. Por su parte, el artículo 17 de la Ley de Compañías, en su inciso primero, prescribe:

> [p]or los fraudes, abusos o vías de hecho que se cometan a nombre de compañías y otras personas naturales o jurídicas, serán personal y solidariamente responsables:
>
> 1. Quienes los ordenaren o ejecutaren, sin perjuicio de la responsabilidad que a dichas personas pueda afectar;
> 2. Los que obtuvieren provecho, hasta lo que valga éste; y,

50. J. Ugarte Vial, "Fundamentos y Acciones para la Aplicación del Levantamiento del Velo en Chile", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 39, No. 3, 2012, p. 701.
51. Traducción libre. P. OH, "Veil-Piercing Unbound", *Boston University Law Review,* Vol. 93, No. 1, 2013, p. 90.

3. Los tenedores de los bienes para el efecto de la restitución[52].

De la presente disposición se desprenden los claros efectos del levantamiento del velo. De hecho, en el inciso segundo del artículo citado –analizado con posterioridad– la norma se refiere a la "inoponibilidad de la personalidad jurídica". A su vez, se puede apreciar que nuestra legislación recoge los criterios aceptados en el Derecho comparado para permitir la desestimación. Específicamente, esta procede frente a: **(i)** fraudes; **(ii)** abusos; o, **(iii)** vías de hecho, cometidos a nombre de compañías.

Es de particular asombro que el artículo agregue "otras personas naturales o jurídicas". Puede entenderse que, al referirse a otras personas jurídicas, el legislador ha buscado extender la aplicación de la inoponibilidad a otros entes fuera del ámbito mercantil; por ejemplo, a fundaciones, sociedades civiles o inclusive a fideicomisos. Sin embargo, no se explica la inclusión de personas naturales en esta norma. En un mismo sentido, la Disposición General Tercera de la Ley dispone:

> La compañía de comercio goza de personalidad jurídica propia, y en consecuencia, constituye un sujeto de derecho distinto a sus socios.
> Sin embargo, esa distinción no tendrá lugar ni será oponible en caso de comprobarse judicialmente que el contrato social fue celebrado para violar la ley, el orden público o la buena fe; para encubrir la consecución de fines ajenos a la compañía; o como mero recurso para evadir alguna exigencia o prohibición legal, mediante simulación o fraude a la ley, o por cualquier otro medio semejante, siempre que de ello se derivaren perjuicios a terceros. Lo antedicho se extenderá a todas las modificaciones al contrato social referidas en el Art. 33 y a cualquier actividad de la compañía que, con iguales propósitos y medios, perjudicaren derechos de terceros.
> Los perjuicios sufridos por cualquier abuso de la personalidad jurídica de la compañía, en los términos previstos en el inciso anterior, se imputarán directa y personalmente a la persona

52. Ley de Compañías, Artículo 17(1), RO No. 312, 05/11/1999.

> o personas que se hubieren aprovechado o se estuvieren aprovechando de la simulación o del fraude a la ley, o de cualquier otro medio semejante, para ocultar o encubrir su interés o participación en la compañía o en su patrimonio, o en los actos o contratos que hubieren ocasionado o estuvieren ocasionando los perjuicios supradichos. […][53].

Según esta disposición, también se acepta la procedencia de la inoponibilidad al comprobarse judicialmente que el contrato social fue celebrado: **(i)** para violar la ley, el orden público o la buena fe; **(ii)** para encubrir fines ajenos a la compañía; o, **(iii)** para evadir disposiciones legales, siempre que de ello se deriven perjuicios a terceros.

Cabe señalar que las normas citadas otorgan a los efectos de la perforación un alcance excesivamente amplio y, por lo tanto, preocupante. Según señala el artículo 17, la responsabilidad alcanza –de manera personal y solidaria– no solo a quienes ordenen o ejecuten el fraude, sino también a aquellos que obtuviesen provecho del mismo e inclusive a los tenedores de los bienes para efecto de su restitución. Por su parte, la Disposición General Tercera añade en esta lista a aquellas personas que hubieran aprovechado el fraude para ocultar su interés o participación en: **(i)** la compañía o su patrimonio; o, **(ii)** en los actos o contratos que ocasionen los perjuicios.

A nuestro criterio, esta casuística trae consigo un alarmante riesgo a la seguridad jurídica. Como puede advertirse, nuestra ley permite que la responsabilidad sea atribuida incluso a personas que no tienen control alguno sobre la compañía y que hasta posiblemente ignoran sus actos. Por otro lado, los criterios que permiten la inoponibilidad abarcan una cantidad innumerable de supuestos fácticos. Más aún, el empleo de terminología

53. Ibídem, Disposición General Tercera.

ambigua como "orden público", "consecución de fines ajenos a la compañía" o "vías de hecho" impide encontrar certeza frente a las causales que activan el mecanismo. Aquello implica una desnaturalización de la figura del levantamiento del velo societario. Sobre todo, si se toma en cuenta que este es un mecanismo de *ultima ratio* y debe ser utilizado con extrema cautela[54].

Probablemente a causa de esto el legislador consideró oportuno limitar el alcance del mecanismo con la expedición de la Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación, que incluyó en la Ley de Compañías la sección de la sociedad por acciones simplificadas. Uno de los artículos innumerados prescribe:

> [c]uando se utilice la sociedad por acciones simplificada en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, *los accionistas y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios*, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados (énfasis añadido)[55].

Así, delimitando de manera mucho más clara, tanto las causales que permiten la desestimación, como el alcance de sus efectos. Sin embargo, el inciso segundo del mismo artículo dispone: "[e]l desvelamiento del velo societario se regirá por los artículos 17, 17A, 17B y la Disposición General Tercera de esta Ley". En este sentido, queda la duda de qué estándar se deba aplicar al caso concreto. El tema se torna mucho más oscuro al tratarse de los presupuestos procesales que conducen a la inoponibilidad de la personalidad jurídica. Reservaremos su análisis para secciones posteriores.

---

54. C. Boldó Roda, *Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español*, 4ta. Ed., Aranzadi, 1996, p. 301.
55. Ley de Compañías, Artículo (…), RO No. 312, 05/11/1999.

3. El levantamiento del velo societario en el arbitraje

El rasgamiento del velo societario también ha reservado su participación en el arbitraje. Dentro de este método alternativo de solución de conflictos (MASC), puede implementarse en dos formas distintas que serán delimitadas con posterioridad. En esta sección, nos referiremos a la primera. Iniciaremos revisando el principio de relatividad del convenio arbitral **[3.1]**. Así, analizaremos la distinción entre partes signatarias y no signatarias del mismo **[3.2].** Abordaremos la teoría de la extensión de sus efectos **[3.3].** Finalmente, se concluirá caracterizando la aplicación de la desestimación como un mecanismo para incorporar a no signatarios al arbitraje **[3.4].**

3.1. Responsabilidad limitada

Es importante anotar que el presupuesto material del arbitraje es un negocio jurídico denominado convenio arbitral[56]. El artículo 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM) lo define como: "[e]l acuerdo escrito en virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica […]"[57]. Resulta crucial, entonces, analizar el convenio arbitral a la luz de los principios que rigen al negocio jurídico.

El principio de relatividad, conocido por su formulación en latín *res inter alios acta*, establece que los actos jurídicos no perjudican ni aprovechan a terceros ajenos a los contratantes[58]. En este sentido, Pothier advierte: "[…] la obligación que nace de las convenciones y el derecho que de ellas resulta,

56. Véase, F. Vidal Ramírez, "El Convenio Arbitral", *Derecho PUCP*, 2003, p. 569. El autor define al convenio arbitral como "el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje la controversia que haya surgido o que pueda surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica […]".
57. Ley de Arbitraje y Mediación, Artículo 5, RO No. 417, 14/12/2006.
58. G. Ospina Fernández & E. Ospina Acosta, N. 26, p. 351.

siendo formados por el consentimiento y el concurso de las voluntades de las partes, no puede obligar a un tercero […] cuya voluntad no ha concurrido a formar la convención"[59]. De ahí que el convenio arbitral únicamente vincule y surta efectos frente a quienes lo celebraron.

Sin ser menester de este estudio abordar la naturaleza jurídica de los efectos del convenio arbitral[60], se puede afirmar que su efecto práctico es conferir a sus suscriptores el derecho de "[i]mpedir que la demanda de su contraparte ante la justicia estatal prospere"[61]. Ciertamente, no sería posible alcanzar dicho efecto si la persona a quien se busca llevar al arbitraje no consintió en la competencia de tal sede.

De este modo lo ha entendido Caivano, quien sostiene: "[e]n el caso del acuerdo arbitral en particular, ese principio [*res inter alios acta*] tiene como propósito evitar que alguien, sin haber expresado su consentimiento, sea forzado a dirimir determinadas controversias por arbitraje"[62].

Bien, esto quiere decir que un convenio arbitral celebrado entre personas específicas no puede surtir efectos respecto a un tercero ajeno al mismo. Según Silva Romero: "[e]s claro que la voluntad de las partes expresada en el convenio arbitral no puede tener eficacia ni producir efectos respecto de terceros que no han prestado su consentimiento en él"[63].

---

59. R. Pothier, *Tratado de las Obligaciones*, Vol. 8, Heliasta, 1978, p. 41.
60. Véase, O. Santos Dávalos, "Naturaleza jurídica de los efectos del convenio arbitral", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 8, 2016. El autor analiza los efectos del convenio arbitral y concluye: "según se dice, el convenio arbitral (i) implica una renuncia a acudir a la jurisdicción estatal; (ii) genera la obligación de acudir a arbitraje o (iii) crea la obligación de no acudir ante la jurisdicción ordinaria […]. Consideramos que el convenio genera derechos potestativos; no implica renuncia alguna, ni supone el nacimiento de obligaciones".
61. Ibídem, p. 138.
62. R. Caivano "Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario", *Lima Arbitration*, No. 1, 2006, p. 122.
63. E. Silva Romero, "El artículo 14 de la nueva Ley Peruana de Arbitraje: Reflexiones sobre el contrato de arbitraje – realidad", *Lima Arbitration*, No. 4, 2010 - 2011, p. 54.

Sin perjuicio de esto, la regla general que consagra el principio *res inter alios acta* ha sido cuestionada por la doctrina más reciente. Como sostienen ciertos autores, los efectos del negocio jurídico pueden extenderse inclusive a aquellos individuos que –sin haber concurrido a su celebración– configuran el centro de intereses del mismo[64]. A esta línea se adhieren Ospina & Ospina quienes, al referirse al principio de relatividad, afirman:

> […] esta fórmula tomada al pie de la letra peca de simplismo e inexactitud, porque sugiere la idea falsa de que la eficacia de los actores jurídicos queda circunscrita estrictamente al círculo de los agentes directos, cuando en realidad ella se proyecta sobre la situación jurídica de personas que en manera alguna han intervenido en el acto y que hasta ignoran su otorgamiento[65].

Dentro de este marco, se ha formulado una distinción entre partes formales y partes sustanciales del negocio jurídico. Entendiendo que parte formal es aquella que concurre con la manifestación de su voluntad a la celebración del acuerdo. Por el contrario, se considera parte sustancial a aquel individuo que, sin haber acudido a la suscripción del acto, es titular de sus efectos jurídicos[66].

3.2. Partes signatarias y partes no signatarias del convenio arbitral

Ahora bien, esta distinción no es ajena a la esfera del arbitraje. Como se ha dicho antes, el presupuesto material que permite a las partes someter su conflicto a este fuero es la existencia de un convenio arbitral. En este sentido, las partes involucradas en dicho convenio, de igual forma, experimentan

64. C. Navarro, "La participación de terceros no signatarios en los procesos de arbitraje en Puerto Rico", *Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*, Vol. 44, No. 3, 2009, p. 638.
65. G. Ospina Fernández & E. Ospina Acosta, N. 26, p. 351
66. Véase, H. García Larriva, "Partes no signatarias del convenio arbitral: Entre la realidad económica y la ficción jurídica", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 3, 2011, p. 88.

la distinción expuesta con anterioridad. No obstante, en este caso la doctrina ha empleado una terminología distinta a aquella presentada al referirnos genéricamente al negocio jurídico. Un amplio sector doctrinario ha concebido esta separación distinguiendo entre partes signatarias y partes no signatarias del convenio arbitral[67].

En principio, se considera como signatario a aquel individuo que ha consentido en someterse al arbitraje mediante la aceptación expresa y signada del acuerdo arbitral. Al contrario, se atribuye la calidad de no signatario a aquel que, sin haber concurrido a la celebración de dicho convenio, manifestó su consentimiento por medios distintos a su firma[68].

Bullard, quien comparte esta distinción, define al no signatario como "alguien que es parte del convenio, pero que por alguna razón no lo firmó o no aparece mencionado en el mismo"[69]. En un sentido similar se orientan las palabras de Park, para quien:

> [e]l término 'no-signatario' sigue siendo útil para lo que podría llamarse partes 'menos que obvias' de una cláusula arbitral: individuos y entidades que nunca pusieron la pluma en el papel, pero que aún así deben ser parte del arbitraje bajo las circunstancias de la relación comercial relevante[70].

La jurisprudencia, de igual forma, ha admitido esta distinción. La Corte de Apelaciones del Cuarto Circuito de Estados Unidos, en el caso *International Paper Company c. Schwaberdissen Maschinen & Anlagen GMBH*, consideró que "una parte puede consentir someterse a arbitraje por medios

67. C. Navarro, N. 64, p. 638.
68. C. Conejero Roos & R. Irra de la Cruz, "La extensión del acuerdo arbitral a partes no signatarias en la ley de arbitraje peruana: algunas lecciones del derecho comparado", *Lima Arbitration*, No. 5, 2012 - 2013, p. 62.
69. A. Bullard, "¿Y quienes están invitados a la fiesta? La Incorporación de partes no signatarias al arbitraje y el artículo 14º de la Ley de Arbitraje Peruana", en C. Soto (Coor.), *Tratado de Derecho Arbitral: El Convenio Arbitral*, Tomo II, Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, p. 711.
70. W. Park, "Non-signatories and international contracts: An arbitrator's dilemma", *Multiple Party Actions in International Arbitration*, No. 3, 2009, p. 6.

diferentes a la firma puesta en el instrumento que contiene la cláusula arbitral"[71]. Esta aproximación ha traído como resultado la formulación de la denominada teoría de extensión de los efectos del convenio arbitral.

3.3. Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias

La teoría de la extensión propone que el alcance del convenio arbitral se proyecta incluso sobre quienes no lo celebraron cuando, de las circunstancias, se desprende que aquellos individuos son los verdaderos titulares de sus efectos[72]. Esto sucede cuando los actos del no firmante permiten inferir su voluntad de someterse al arbitraje, o cuando no incluirlo implica una violación al principio de la buena fe[73].

Según Conejero Roos e Irra de la Cruz, la teoría se traduce en "[…] el mecanismo que permite, en virtud de la concurrencia de determinados elementos fácticos y jurídicos, la vinculación de una parte con un acuerdo arbitral a pesar de no haber firmado el contrato que lo contiene"[74]. Esta vinculación implica extender los efectos del convenio arbitral a quien, en un principio, no concurrió a la firma del mismo, convirtiéndolo así, en una parte no signataria de dicho acuerdo.

La extensión de los efectos del convenio arbitral encuentra su génesis en formulaciones jurisprudenciales. Específicamente, en el caso *Dow Chemical c. Isover Saint Gobain*, tramitado ante la Cámara de Comercio Internacional (CCI). En el caso el tribunal aceptó la extensión del acuerdo arbitral a sociedades no signatarias, considerando que formaban parte de un mismo grupo económico con la sociedad que lo había firmado. El tribunal sostuvo:

---

71. Corte de Apelaciones del Cuarto Circuito de Estados Unidos, *International Paper Company c. Schwaberdissen Maschinen & Anlagen GMBH*, 206 F.3d 411, 14/03/2000.
72. E. Silva Romero, N. 63, p. 57.
73. H. García Larriva, N. 66, p. 110.
74. C. Conejero Roos & R. Irra de la Cruz, N. 68, p. 61.

> [l]a cláusula arbitral expresamente aceptada por determinadas sociedades del grupo económico debe obligar a las otras que, en virtud del rol que les cupo en la celebración, ejecución o rescisión de los contratos que contiene la cláusula arbitral y de acuerdo con la común intención de todas las partes del juicio arbitral, parecen haber sido verdaderas partes en los contratos o estuvieron ampliamente comprometidas en ellos y en los conflictos que de ellos surgieron[75].

El caso fue llevado ante la Corte de Apelaciones de París, cuyos magistrados se negaron a anular el laudo arguyendo que las sociedades "[…] revestían el carácter de partes de dichos acuerdos, aunque de hecho no los hubieran suscrito, y que por ende la cláusula compromisoria también a ellas les resultaba aplicable"[76].

Posteriormente, la extensión fue admitida en varios arbitrajes como un mecanismo para determinar quienes realmente estaban llamados a ser partes del proceso. Se sabe que la jurisprudencia francesa fue pionera en el desarrollo de esta teoría[77]. A criterio de Silva Romero, los árbitros de la CCI, al igual que los propios tribunales franceses y los tribunales suizos desarrollaron dos teorías generales "[…] para fundamentar jurídicamente la extensión de los efectos del convenio arbitral […]: *el principio del consentimiento implícito* […] y la *teoría del grupo de sociedades*" (énfasis añadido)[78].

La teoría del consentimiento implícito propone que es posible derivar la aquiescencia de un no signatario en someterse al arbitraje, ya sea por medio de su conducta o por la participación activa que tuvo a lo largo del *iter* contractual[79].

---

75. Caso CCI No. 4131, *Dow Chemical v. Isover Saint Gobain, laudo interlocutorio*, 23/09/1982, p. 151.
76. A. Redfern, *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, 4ta. Ed., La Ley, 2007, p. 241.
77. W. Park, N. 70, p. 104.
78. E. Silva Romero, N. 63, p. 61.
79. Véase, Corte de Apelaciones de París, Primera Sala Civil, *Société V 2000 c. Société Project XJ 220 Ltd.*, 7/12/1994.

La teoría del grupo de sociedades busca llegar al mismo efecto tomando como fundamento la intrascendente separación entre la sociedad signataria y aquellas –integrantes del grupo– que no firmaron el acuerdo arbitral. Aquello permite al árbitro considerar que todas las compañías actuaron como una misma unidad económica, para así, incorporar a las sociedades no signatarias al arbitraje[80].

Sin embargo, la línea que separa ambos casos es muy tenue. La teoría del grupo de sociedades no permite la extensión ante la mera existencia de un grupo económico que apadrina a la sociedad firmante. Por el contrario, los tribunales han admitido su activación exclusivamente cuando las compañías integrantes del grupo participaron de forma activa en el *iter* contractual, utilizando a la firmante como una simple pantalla para evitar el arbitraje[81].

Esto ha llevado a autores como Hanotiau & De Tandt a criticar su implementación arguyendo que, de cualquier forma, se exige el consentimiento implícito del no signatario, develado a través de su participación activa en la ejecución contractual[82].

Por otro lado, la jurisprudencia estadounidense ha aportado sustancialmente al desarrollo del tema que nos convoca. En el icónico caso *Thomson-CSF, S.A. c. American Arbitration Assotiation*, la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito sistematizó una serie de supuestos, para la vinculación de no signatarios al arbitraje. A criterio de Caivano, la Corte

80. No todas las jurisdicciones han admitido la teoría del grupo de sociedades. Por ejemplo, la jurisprudencia inglesa usualmente se ha mostrado renuente a incorporar a un no signatario sobre la base de esta teoría. Véase, *Peterson Farms Inc. c. C & M Farming Ltd.* [2004] EWHC 121 (Comm).
81. Véase, Corte de Apelaciones de París, *Société Ofer Brothers c. The Tokio Marine and Fire Insurance Co.,* 14/02/1989; Caso CCI No. 9517, laudo interlocutorio, 30/11/1998; Caso CCI No. 4131, laudo interlocutorio, 23/09/1982.
82. B. Hanotiau & B. Den Tandt, "Back to basics. Or why the group of companies should be disregarded once and for all", en P. Wautelet, T. Kruger & G. Coppens (Eds.), *The Practice of arbitration*, Hart Publishing: Oxford, 2012, p. 125.

"[…] se ocupó de recopilar y ordenar los diferentes criterios que los mismos tribunales venían estableciendo para justificar que un no-firmante de la cláusula arbitral sea alcanzado por ella"[83]. En su sentencia, la Corte enlistó los siguientes escenarios: **(i)** incorporación por referencia; **(ii)** asunción de obligaciones; **(iii)** relación de agencia; **(iv)** rasgamiento del velo societario y; **(v)** doctrina de los actos propios o *estoppel*[84].

Autores como Park afirman que los supuestos presentados en el caso Thomson no difieren de aquellos formulados por los tribunales franceses. Según el autor, "[l]as denominaciones verbales varían de un sistema legal a otro. Sin embargo, la mayoría de las justificaciones de incorporación se relacionan **(i)** al consentimiento implícito; o, **(ii)** a la *desestimación de la personalidad corporativa*" (énfasis añadido)[85].

Es claro que el criterio del consentimiento implícito se reproduce en ambos sistemas. El aporte de la jurisprudencia estadounidense fue, en síntesis, condensar esta teoría en distintos supuestos fácticos, admitidos con frecuencia.

Ocurre algo similar en tratándose de la teoría del grupo de sociedades. Pues, al igual que la desestimación, su procedencia puede aceptarse al constatar que la sociedad signataria actuó como un *alter ego* del no firmante. En este caso la hipótesis se presenta en el contexto de un grupo económico. De ahí que ambas teorías guarden una estrecha relación entre sí[86].

---

83. R. Caivano, N. 62, p. 130.
84. Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de Estados Unidos, *Thomson-CSF, S.A. c. American Arbitration Assotiation*, 64 F.3d 773, 24/08/1995.
85. Traducción libre. W. Park, N. 70, p. 3.
86. Véase, C. Lepervanche, "Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias y su aplicación a los grupos económicos", en C. Soto (Coor.), *Tratado de Derecho Arbitral: El Convenio Arbitral*, Tomo II, Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, pp. 873-887. Para el autor: "'la desestimación de la personalidad jurídica' o 'la teoría del levantamiento del velo corporativo', […] es el vehículo para llegar a determinar la existencia del grupo económico y la consecuente extensión del convenio arbitral".

3.4. La desestimación como un mecanismo de incorporación de no signatarios al arbitraje

Conforme se ha indicado, el levantamiento del velo societario es uno de los supuestos que permite la incorporación de no signatarios al arbitraje. A breves rasgos, su aplicación en este marco implica extrapolar los criterios que lo activan –en instancias judiciales– para extender los efectos del convenio arbitral a quienes se ocultan tras una compañía signataria. En este sentido, Sandrock, citado por de Trazegnies, señala:

> [e]stas teorías sobre el descorrimiento del velo societario o sobre las conductas alter ego, pueden ser aplicadas también a situaciones en las que un convenio arbitral ha sido suscrito por una compañía como un alter ego respecto de alguien parapetado detrás del escudo de la personalidad jurídica de la compañía signataria. Ese cerebro oculto detrás de la personalidad jurídica de la signataria puede ser una persona natural u otra compañía. En esos casos, la compañía signataria aparece solo como un strawman [testaferro] que cubre al cerebro de la operación […][87].

Comúnmente, la desestimación es admitida cuando el tribunal determina que aquellos detrás de la forma societaria instrumentaron la sociedad firmante como un *alter ego,* siendo ellos los verdaderos titulares de los efectos del convenio arbitral. De ahí que la doctrina también se refiera a esta aplicación como la "teoría del *alter ego*". El tema es analizado con claridad por Lamm & Aqua, quienes sostienen:

> [a] pesar de que la relación matriz/subsidiaria por sí sola es insuficiente para obligar o permitir que un no signatario arbitre una disputa, tanto las cortes estadounidenses como los tribunales han perforado el velo corporativo cuando una matriz domina y controla completamente a la subsidiaria o

87. O. Sandrock, "The Extension of Arbitration Agreements to Non-Signatories: an enigma still unresolved", en T. Baums, K. Hopt & N. Horn (Eds.), *Corporations, Capital Markets and Business in the Law, Liber Amicorum Richard M. Buxbaum,* Kluwer Law International, 2000. Citado por F. de Trazegnies, "El rasgado del velo societario dentro del arbitraje", *Ius Et Veritas*, No. 29, 2004, p. 17.

> a fin de prevenir fraudes u otras infracciones. Por lo tanto, una corporación no signataria que se considere el alter ego de una compañía afiliada que firmó un acuerdo arbitral puede ser requerida a participar en un procedimiento arbitral que involucre reclamos contra su alter ego[88].

Silva Romero coincide con el criterio expuesto y señala que los tribunales permiten la extensión en aquellos "[…] casos en los cuales la relación entre una empresa matriz y su subsidiaria es lo suficientemente próxima como para determinar que la una es el alter ego de la otra […]"[89]. Bien, esto quiere decir que, a diferencia de su implementación en sede judicial, la activación del perforamiento en el arbitraje no necesariamente requiere de la configuración de un fraude o un abuso del derecho. En este caso, se contemplan criterios menos rigurosos para admitir su procedencia.

Según se señala, los fundamentos que permiten la aplicación de esta teoría encuentran su génesis en el ya citado caso *Dow Chemical Jones*[90]. Si bien en el caso no se empleó el desvelamiento del velo societario, el tribunal permitió la vinculación de empresas no signatarias considerando que constituían una misma realidad económica con aquella que firmó el convenio arbitral. Esto provocó que se desestime la diferenciación entre la personalidad jurídica de las sociedades; lo cual, a criterio de Bullard, permitió a los tribunales de la CCI desarrollar la teoría bajo la denominación del "grupo de sociedades"[91].

La aplicación del desvelamiento –como un mecanismo de extensión– se introdujo tiempo después en laudos proferidos por tribunales internacionales. Una de sus primeras

88. Traducción libre. C. B. Lamm & J. Aqua, "Defining the Party - Who Is a Proper Party in an International Arbitration before the American Arbitration Association and other International Institutions", *George Washington International Law Review*, Vol. 34, No. 4, 2003, p. 722.
89. E. Silva Romero, N. 63, p. 66.
90. Véase, F. de Trazegnies, N. 87.
91. Véase, A. Bullard, N. 69, p. 726.

apariciones se dio en el caso *Oil Field of Texas c. Iran*. En el caso el tribunal estaba llamado a determinar si una de las empresas públicas del gobierno iraní –accionista de la signataria– había empleado a esta última como un *alter ego*. A pesar de identificar que entre ambas existía un control tal que inclusive permitía a la no signataria seleccionar los miembros del directorio de la firmante, el tribunal concluyó que tal influencia caía "muy lejos de un control total por parte de una compañía sobre la otra"[92].

En el caso *African furniture company (seller) c. Asian company (buyer)* el tribunal asumió la tarea de esclarecer si una de las partes constituía un *alter ego*. Para ello, se consideraron elementos como **(i)** la incidencia del presidente –de la compañía no signataria– en la administración de la firmante; y, **(ii)** la extracción de activos de la primera para satisfacer obligaciones de la última. El tribunal concluyó que "[t]al control iba más allá de la mera propiedad de acciones, o incluso de la identidad de directorios, al punto que [el presidente] dominó las prácticas financieras políticas y comerciales de las dos compañías"[93].

Sin embargo, la jurisprudencia arbitral por lo general ha tomado una posición contraria a admitir la inclusión de no signatarios aplicando la teoría del *alter ego*. Según indica Besson, los tribunales de la CCI generalmente han rechazado la desestimación de la personalidad jurídica, inclinándose por otras teorías como el grupo de sociedades que, al menos en Francia, tiene mucha más aceptación[94].

---

92. *Oil Field of Texas, Inc. c. The Government of the Islamic Republic of Iran and National Iranian Oil Company*, IUSCT Case No. 43, Interlocutory award, 9/12/1982.
93. *African furniture company (seller) c. Asian company (buyer)*, CRCICA Case No. 120/1998, Partial award, 12/06/2000, en A. Eldin, *Arbitral Awards of the Cairo Regional Centre of International Commercial Arbitration*, Vol. II, Kluwer Law International, 2003, p. 25.
94. Véase, S. Besson, "Piercing the Corporate veil: back on the right track", en B. Hanotiau & E. Schwartz (Eds.), *Dossier VII of the ICC Institute of World Business Law*, Multiparty Arbitration, 2010.

De igual forma, en los casos ventilados ante tribunales de la Corte Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inveresiones (CIADI) se ha evidenciado una fuerte tendencia a rechazar la aplicación de la teoría del *alter ego*. Ejemplo de esto son los casos *Rumeli y Telekom c. Kazakstán*[95], *Tokios Tokelės c. Ukraine*[96] y *ADC c. Hungría*, en los que, tras citar la teoría de la desestimación, se negó su procedencia considerando que únicamente debe aplicarse "[…] en situaciones en las que el beneficiario real de la empresa hizo un mal uso de las formalidades corporativas para ocultar su verdadera identidad y, por lo tanto, para evitar su responsabilidad"[97].

Esta línea de aproximaciones parte de un estándar común de cautela que tanto jueces como árbitros mantienen al momento de levantar el velo societario. Sobre todo, cuando el mecanismo se utiliza para incluir a no signatarios al arbitraje. Pues en este caso su aplicación se enfrenta, en lo principal, con dos dificultades: **(i)** el principio de separación de patrimonios; y, **(ii)** la naturaleza consensual del arbitraje.

4. Aplicación adjetiva y sustantiva del levantamiento del velo

Como se ha evidenciado en secciones anteriores, la perforación del velo societario es un mecanismo que provoca la inoponibilidad de la personalidad jurídica ante la concurrencia de ciertos presupuestos. A su vez, es una de las varias teorías formuladas por la jurisprudencia para justificar la inclusión de no signatarios al proceso arbitral.

95. Véase, *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleru A.S. c. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/05/16, Award, 29/07/2008.
96. Véase, *Tokios Tokelès c. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, Decision on jurisdiction, 29/04/2004.
97. Traducción libre. *ADC Affiliate Ltd. and ADC & ADMC Management Ltd. c. The Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/03/16, Award, 02/10/2006, párr. 335.

En este sentido, se puede afirmar que el levantamiento del velo puede aplicarse de dos formas distintas en el arbitraje: **(i)** de forma adjetiva para determinar la competencia del tribunal; y, **(ii)** de forma sustantiva para resolver sobre los méritos de la controversia.

En el primer escenario, la desestimación se emplea con el propósito de definir la competencia del tribunal en relación a los sujetos llamados a ser partes del proceso. Por lo tanto, se trata de una "aplicación procesal de la teoría del levantamiento del velo"[98]. En el segundo caso, el mecanismo se utiliza para determinar la titularidad de las obligaciones controvertidas. En últimas instancias, para atribuir responsabilidad a quienes se valieron de una compañía para cometer un fraude o un abuso del derecho.

Esta distinción corresponde a la segmentación del procedimiento arbitral en dos etapas específicas: **(i)** la audiencia de sustanciación; y, **(ii)** la audiencia de estrados[99]. La primera tiene como finalidad posesionar al secretario arbitral y, sobre la base del principio *kompetenz-kompetenz*, permitir al tribunal pronunciarse sobre su propia competencia[100]. Por otro lado, en la audiencia de estrados el tribunal permite a las partes presentar sus alegatos en miras a resolver el fondo del asunto. Esta fase procesal presupone la competencia del tribunal para conocer el caso y emitir un laudo que vincule legalmente a las partes involucradas.

En este sentido, la aplicación adjetiva del levantamiento tendrá lugar en la audiencia de sustanciación. Así, el tribunal podrá implementar el mecanismo para extender los efectos del convenio arbitral a partes no signatarias. Por el contrario, su aplicación sustantiva se hará presente en la audiencia

98. F. de Trazegenies, N. 87, p. 112.
99. Ley de Arbitraje y Mediación, N. 57, Artículos 22-24.
100. Véase, F. González de Cossío, "Compétence-Compétence y la Remisión al Arbitraje", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje,* No. 7, 2015.

de estrados. En esta etapa, el tribunal podrá declarar la inoponibilidad de la personalidad jurídica para así llegar a la resolución de la controversia.

Ahora bien, en tanto ambas aplicaciones atienden a finalidades distintas y se materializan en momentos procesales específicos, la implementación de una no necesariamente implica la activación de la otra. La dimensión adjetiva de la desestimación acarrea la vinculación de un no signatario al proceso arbitral, lo cual no implica *per se* que se lo responsabilice por las obligaciones discutidas en el proceso. Al contrario, su dimensión sustantiva ocasiona la inoponibilidad de la personalidad jurídica, sin que esto esté relacionado con cuestiones relativas a la competencia.

En este sentido, es correcto afirmar que los árbitros pueden servirse de la aplicación adjetiva del perforamiento sin necesidad de activar su aplicación sustantiva y viceversa. Park aborda la distinción con absoluta claridad agregando:

> [e]l levantamiento del velo puede ser invocado para justificar ya sea la jurisdicción sobre una filial corporativa o la responsabilidad de una empresa por las deudas sustanciales de otra. Sin embargo, esto no significa que los árbitros que incorporan a una matriz no signataria deban (o deberían) encontrar al accionista responsable por las obligaciones de la subsidiaria. […]
>
> Por otro lado, una empresa podría ser responsable de las obligaciones de otra, sin estar necesariamente sujeta al mismo mecanismo de resolución de disputas incluido en la obligación principal[101].

Evidentemente, es posible que las dos aplicaciones concurran en un mismo caso. A su vez, es cierto que la procedencia de ambas se determina ante la concurrencia de elementos similares. Sin embargo, como se verá más adelante,

101. Traducción Libre. W. Park, N. 70, p. 17.

cada aplicación tiene un tratamiento distinto. Por lo cual, es necesario analizar la viabilidad de implementarlas por separado.

5. Viabilidad de implementar la aplicación adjetiva de la desestimación

Como se ha dicho antes, la aplicación adjetiva del levantamiento del velo implica hacer uso del mecanismo con la finalidad de extender los efectos del convenio arbitral a quienes no concurrieron a la celebración del mismo. Concretamente, esta aplicación procede cuando se determina que el no signatario instrumentó a la sociedad firmante como un *alter ego* y pretende evitar por medio de ella el arbitraje.

Es evidente que los árbitros no requieren de competencia para aplicar la perforación de manera adjetiva. Esto sucede debido a que tal aplicación se sitúa en la audiencia de sustanciación; es decir, el momento procesal en la cual el tribunal está llamado a definir su propia competencia. En pocas palabras, al tratarse de la aplicación adjetiva "la propia competencia del árbitro depende del levantamiento"[102]. En este sentido, la cuestión se reduce a determinar si, a la luz de nuestro ordenamiento jurídico, es admisible extender los efectos del convenio arbitral a no signatarios. Para ello es indefectible tomar como punto cardinal la naturaleza consensual del arbitraje **[5.1]** y los requisitos que nuestra ley exige para que se perfeccione tal consentimiento **[5.2]**.

5.1. El consentimiento implícito del no signatario

Es importante anotar que la extensión del convenio arbitral no se trata de una inclusión desmedida de terceros totalmente ajenos al arbitraje. Por el contrario, los presupuestos

102. A. Bullard, N. 69, p. 726.

de incorporación parten del consentimiento del no signatario en someterse a dicho proceso. En este sentido, Santistevan de Noriega advierte que extender los efectos de la cláusula compromisoria

> […] no supone un rompimiento con el consentimiento o voluntad de las partes sobre el que se sustenta la institución del arbitraje ni con el principio *pacta sunt servanda* sobre el que se construye toda la teoría de los contratos. Y no supone tal rompimiento en la medida en que [se] exige para su aplicación que se descubra alguna forma de consentimiento con el arbitraje o un grado de conocimiento de la existencia del convenio arbitral que, de buena fe, le impide al no signatario a negarse a admitir que tácitamente accedió a arbitrar[103].

Ahora bien, en este caso dicho consentimiento no se expresa mediante una aceptación explícita a la cláusula arbitral. Al contrario, se otorga de forma implícita por medio de actos que permiten inferir la voluntad del no firmante en someterse al proceso. Esta línea argumentativa fue desarrollada por el tribunal de la CCI en el Caso No. 5721, donde se sostuvo que "la extensión de la cláusula arbitral debe tener un fundamento voluntario. Ciertamente, esta voluntad puede ser solo implícita, de lo contrario la discusión sobre la ampliación no tendría sentido"[104]. Esta aproximación fue reiterada por varios tribunales de la CCI[105].

Tomando en cuenta que al convenio arbitral le son aplicables los principios rectores de las relaciones contractuales, este consentimiento debe ser descubierto a la luz del principio de buena fe. En este caso la buena fe se materializa esencialmente en

---

103. J. Santistevan de Noriega, "Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias: Expresión de la inevitabilidad del arbitraje", *Revista Peruana de Arbitraje*, No. 8, 2009, p. 42.
104. Caso CCI No. 5721, Laudo, 1990.
105. Véase, Caso CCI No. 7604 - 7610, Laudo de competencia, 1995. Donde se consideró que "corresponde la extensión de los efectos jurídicos de un acuerdo arbitral a un tercero no-signatario, cuando las circunstancias del negocio en cuestión demuestren la existencia de una voluntad común de las partes en el proceso, de considerar a ese tercero como involucrado en forma considerable o como una verdadera parte en el contrato que contiene la cláusula arbitral, o cuando las circunstancias permiten presumir que ese tercero aceptó el sometimiento a ese contrato, especialmente si lo reconoció expresamente"; Caso CCI No. 6474, Laudo parcial, 1992.

la regla *venire contra factum propium non valet*[106], referida en nuestro sistema como la prohibición de contradecir los actos propios.

De modo que si un no signatario ha manifestado una conducta que revela de manera determinante su intención de someterse al arbitraje, le es imposible contradecirla escudándose en su falta de aceptación expresa a la cláusula compromisoria. Según García Larriva:

> [d]esde que un sujeto ejecuta actos propios de una parte o interviene de manera que expresa su aceptación con el contenido del contrato y del convenio arbitral, optar por el disenso sería una clara contradicción con lo actuado por el mismo sujeto, lo que daría como resultado un defraudamiento de la confianza razonable[107].

A criterio de ciertos autores, el consentimiento puede manifestarse de forma tácita a través de ciertas conductas del no signatario como su participación activa en la relación contractual o la derivación de beneficios del contrato que contenía la cláusula arbitral[108].

Ahora bien, ¿cómo se puede acreditar este consentimiento a través de la teoría del *alter ego*? El caso que nos ocupa merece especial atención. A diferencia de otros supuestos de extensión, la teoría del *alter ego* no se justifica exclusivamente en el consentimiento implícito del no firmante. Como se ha indicado previamente, la misma reposa en criterios de fraude y abuso del derecho. De ahí que su procedencia deba analizarse según las circunstancias específicas de cada caso.

En principio, podría decirse que –al utilizar la sociedad firmante como un *alter ego*– el no signatario **(i)** participó indirectamente tanto en la celebración como en la ejecución del contrato que contenía la cláusula arbitral; y, **(ii)** fue el

106. J. Santistevan de Noriega, N. 103, p. 45.
107. H. García Larriva, N. 66, p. 94.
108. J. Santistevan de Noriega, N. 103, p. 43.

verdadero titular de los beneficios emanados de la relación jurídica. Por ello, el no extender los efectos del convenio arbitral implicaría admitir una contradicción a los actos propios y, en consecuencia, una violación al principio de la buena fe.

Sin embargo, puede ocurrir que el no signatario haya obrado con extrema cautela, procurando no intervenir en las relaciones contractuales celebradas a nombre de su *alter ego*. En tal escenario, no sería posible hablar de un consentimiento tácito. Así, para poder extender los efectos del convenio arbitral, el tribunal debería recurrir a los criterios que permiten la desestimación en su esfera sustantiva. De determinarse su procedencia, se concluiría que las obligaciones de la sociedad firmante –incluyendo acudir a arbitraje– son propias del no signatario. Aparte, se podría decir que la voluntad de la primera fue una extensión de la propia voluntad del no firmante.

Como puede advertirse, estos casos no son fáciles desde ninguna perspectiva. En ese sentido, la incorporación de no signatarios –aplicando el levantamiento del velo– requiere de un análisis minucioso atendiendo a la especificidad de cada caso. En fin, la extensión del convenio arbitral se justifica en principios generales del derecho como la prohibición de contradecir los actos propios y el abuso de la personalidad jurídica, ambas recogidas en nuestra legislación.

5.2. El requisito de escrituración del convenio arbitral

La cuestión se torna mucho más compleja al tomar en cuenta los requisitos que la ley exige al perfeccionamiento del convenio arbitral. El artículo 5 de la LAM es claro al disponer que "[e]l convenio arbitral deberá constar por escrito". Esto ha generado gran discrepancia en relación a la posibilidad de vincular al arbitraje a un no signatario. Precisamente, por tratarse de alguien que no concurrió a la celebración del

convenio y que, por lo tanto, no pudo haber dejado constancia escrita de su aceptación al mismo. Al respecto, es necesario realizar ciertas precisiones.

En primer lugar, la terminología empleada por nuestra ley hace referencia a la propia relación convencional que permite a las partes someterse al arbitraje. A simple vista, se podría pensar que el requisito de escrituración atañe únicamente a la cláusula compromisoria, de modo que si la misma consta por escrito podría ser aceptada de forma tácita sin comprometer la existencia del acuerdo. A nuestro juicio, esta interpretación no es precisa.

Nuestra ley es clara al emplear el término "convenio arbitral" y definirlo como un "acuerdo escrito" lo cual implica la unión de dos o más voluntades que concertadas forman un negocio jurídico. En este sentido, se debe entender que no basta con que la cláusula compromisoria o la oferta de arbitrar atiendan esta exigencia. Por el contrario, se requerirá que el mismo consentimiento –formado por la oferta y la aceptación– revista una forma escrita[109].

En segundo lugar, es importante caracterizar la naturaleza del requisito de escrituración pues, como puede advertirse, de ello depende la posibilidad de admitir la incorporación de no signatarios al arbitraje[110]. Al respecto, nuestra legislación es poco clara lo cual, más allá de propiciar un espacio para interpretaciones heterogéneas, ha provocado un disenso general en el foro ecuatoriano que analiza el tema.

En principio, la propia redacción de la ley sugiere que la escrituración constituye un requisito *ad solemnitatem*. La

109. No ocurre lo mismo en otros sistemas legales. Por ejemplo, la Ley de Arbitraje Peruana, a pesar de igualmente exigir una forma escrita al convenio arbitral, permite que este se perfeccione por medios no escritos. Esto ha llevado a Conejero Roos e Irra de la Cruz a afirmar que en Perú "[…] el requisito de que el acuerdo arbitral conste por escrito no es asimilable a que el convenio sea firmado". C. Conejero Roos & R. Irra de la Cruz, N. 68, p. 62.
110. E. Silva Romero, N. 63, p. 67.

expresión: "[e]l convenio arbitral es el acuerdo escrito" permite asociar tal exigencia con un elemento esencial del negocio sin el cual este no podría nacer a la vida jurídica. Esto ha llevado a autores como Ponce Martínez a afirmar que el convenio arbitral "[…] es un contrato solemne, pues exige la formalidad de ser escrito"[111]. A esta línea se ha sumado el tribunal arbitral del Centro de Arbitraje y Mediación de la CCQ (CAM CCQ) en el Caso No. 103-11, donde se sostuvo que "[…] la exigencia de la forma escrita es una solemnidad sustancial porque solamente a través de ella se establece el régimen excepcional del fuero arbitral […]"[112].

Sin embargo, la LAM no define las consecuencias que acarrea la ausencia de este requisito. Esto, sumado a la falta de pronunciamientos judiciales en relación al tema, ha llevado a que –dentro de este cuadro de interpretación– existan divergencias respecto al tratamiento que merece dicha "solemnidad". Así, autores como Ponce Martínez sostienen que la escrituración es un requisito de la existencia del convenio[113]. Mientras que otros, como Pérez Ordóñez, afirman que se trata de un requisito de validez[114].

En cualquier caso, se puede entender que una noción *ad solemnitatem* del requisito deriva de una visión restrictiva del arbitraje. La cual a su vez encuentra su cauce en la desconfianza con la que nuestro sistema se ha aproximado históricamente a la jurisdicción arbitral.

En contraposición, y en miras a fortalecer el sistema arbitral, la doctrina mayoritaria ha optado por una interpretación

111. A. Ponce Martínez, "Notas Sobre la Cláusula Compromisoria y sus Efectos en la Legislación Ecuatoriana", en C. Soto (Coor.), *Tratado de Derecho Arbitral: El Convenio Arbitral*, Tomo I, Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, p. 521.
112. Caso 103-11 CAM CCQ, Acta de Audiencia de Sustanciación, 21/11/2012.
113. Véase, A. Ponce Martínez, N. 111.
114. Véase, D. Pérez Ordóñez, "El Convenio Arbitral en la Legislación Ecuatoriana", en C. Soto (Coor.), *Tratado de Derecho Arbitral: El Convenio Arbitral*, Tomo I, Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, pp. 507-520.

mucho más favorable al fin jurídico del arbitraje. Se puede afirmar que actualmente existe una tendencia muy marcada a nivel doctrinario –reflejada en pronunciamientos jurisprudenciales– a otorgar un carácter *ad probationem* al requisito de escrituración. Esta aproximación parte de la necesidad de fortalecer el arbitraje pues, supeditar sus efectos a la observancia de formalismos, en ocasiones, puede atentar contra su eficacia e inevitabilidad[115]. Más aun, como se ha planteado a lo largo de este estudio, existen casos en los cuales –por la misma naturaleza de las actividades comerciales– aquellos individuos que concurren a la celebración del convenio arbitral no son los verdaderos titulares de sus efectos. En este sentido, Caivano considera que

> [c]uando la conducta de las partes permita inferir una declaración tácita de voluntad, subordinar sus efectos a la forma escrita o a la existencia de una manifestación expresa del consentimiento, implicaría admitir la violación al principio de la buena fe que rige el derecho de las obligaciones, y una tolerancia indebida a la mala fe y a la deslealtad en los negocios jurídicos[116].

Esta corriente fue en gran medida influenciada por la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrajes Extranjeras y la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (CNUDMI) que, en un intento por robustecer el arbitraje, dieron paso al desarrollo de un estándar general tendiente a superar el formalismo de la escrituración.

Interpretando la primera, el Concejo Internacional de Arbitraje Comercial ha entendido que "[u]na aplicación inflexible del requerimiento escrito de la Convención sería contradictoria a los usos comerciales corrientes y

115. J. Santistevan de Noriega, N. 103, p. 32.
116. R. Caivano, N. 62, p. 143.

generalizados"[117]. La Ley Modelo va más allá permitiendo incluso que el convenio arbitral se entienda escrito "[…] cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio"[118].

Estos avances han contribuido a novedosos desarrollos legislativos que, inspirándose en esta tendencia, han decidido otorgarle un carácter *ad probationem* al requisito de escrituración. Un ejemplo cercano es la Ley de Arbitraje Peruana que, en su artículo 14, permite expresamente la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias bajo ciertos requisitos. En fin, todo esto ha llevado Santistevan de Noriega a afirmar que la extensión del convenio arbitral

> […], responde a la lógica de fortalecer la inevitabilidad de las consecuencias de dicho convenio. Esto contribuye a hacer al arbitraje más eficaz como modalidad de solución de controversias, impidiendo que las meras formalidades contribuyan a que quienes en la práctica han sido partes, se hayan comportado como tales o hayan derivado beneficios y derechos como si lo fueran, se escapen *malam fide* de los alcances del arbitraje y se desembaracen de sus consecuencias frustrando su objeto principal[119].

En línea con los pronunciamientos más recientes en el ámbito internacional, nuestra jurisprudencia arbitral se ha decantado por otorgar un carácter *ad probationem* al requisito de escritura y, así permitir la incorporación de no signatarios. Ante todo, se debe advertir que al menos en el ámbito local los precedentes arbitrales son muy escasos. En un estudio relativo al tema, García Larriva analiza una serie de casos que se refieren a la extensión[120].

---

117. ICCA, *Guía del ICCA para la Interpretación de la Convención de Nueva York de 1958*, <https://bit.ly/3lozVcx> (12/06/2013).
118. Ley Modelo CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (2006), Artículo 23.
119. J. Santistevan de Noriega, N. 103, p. 49.
120. Véase, H.García Larriva, N. 66, p. 110.

Entre ellos cita el Caso No. 01-11[121] tramitado ante el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana de Quito (CAM AMCHAM). En el caso, el actor demandó a dos personas naturales, pese a que una de ellas no era signataria del convenio arbitral. Tras haber celebrado varias audiencias para determinar su competencia, el tribunal extendió los efectos de la cláusula compromisoria considerando que el no signatario había incurrido en actos ratificatorios que lo vinculaban de manera decisiva con el acuerdo.

En el Caso No. 075-08, administrado por el CAM CCQ, el actor demandó a una compañía mercantil con la cual había celebrado un contrato de publicidad. A su vez, demandó a otra sociedad parte del grupo económico de la primera, a pesar de no haber sido signataria del convenio arbitral. El actor alegó que la firmante era un simple *alter ego* de esta última y exigió de manera conjunta a ambas sociedades el pago de las prestaciones controvertidas. Fundamentó su pretensión en la existencia de solidaridad al amparo del artículo 17 de la Ley de Compañías.

En su resolución de competencia el tribunal consideró que "[…] dada la solidaridad, conexión y complementariedad que en la demanda se formula la reclamación en contra de Compañía B S.A. y Compañía C S.A. no pueden haber dos procesos ni órganos jurisdiccionales distintos para conocer el caso"[122]. Citando el artículo 7 de la LAM el tribunal concluyó que, sobre la base del efecto negativo del *kompetenz-kompetenz*, dicha competencia recaía en el órgano arbitral. Aparte, el tribunal tuvo la oportunidad de pronunciarse respecto a la relación entre la declaratoria de competencia y la atribución de responsabilidad, sosteniendo:

121. Caso 01-11 CAM AMCHAM, Acta de Audiencia de Sustanciación, 10/01/2012.
122. Caso 075-08 CAM CCQ, Acta de Audiencia de Sustanciación, 20/03/2009.

> [l]a resolución sobre la competencia por cierto se limita a los asuntos concernientes a la relación jurídico procesal. No significa, bajo ningún aspecto, aceptación o no de la existencia de relaciones jurídicas sustanciales o materiales entre la actora y cada una de las compañías demandadas. Este es un asunto de fondo que se resolverá en el laudo arbitral de acuerdo con las normas jurídicas y los méritos procesales, particularmente del análisis y valoración de los medios de prueba que se aporten al proceso[123].

De este modo, confirmando la distinción que hemos planteado entre la aplicación adjetiva y sustantiva del levantamiento del velo societario.

Por último, en el Caso 026-05, seguido ante el CAM CCQ, los demandados reconvinieron en contra de la compañía actora y de su representante legal –señor "X"– por sus propios y personales derechos. Al contestar la reconvención, "X" no cuestionó la competencia del tribunal arbitral. En la audiencia de sustanciación, el tribunal arbitral consideró que por haber contestado la reconvención y no haber opuesto la excepción de incompetencia, existió "[…] voluntad expresa tanto de los demandados que reconvienen como de quien replica la reconvención, Señor X, de someter la controversia a arbitraje"[124].

En el caso, el reconvenido no fue una parte signataria del convenio arbitral. Sin embargo, manifestó su consentimiento con el mismo a través de sus actos. Concretamente, al haber contestado la reconvención sin oponer la excepción de incompetencia del tribunal arbitral. A pesar de que el tribunal no se pronunció respecto al requisito de escrituración, es evidente que reconoció como válida una aceptación a la cláusula arbitral que no se manifestó por escrito. Así, inclinándose por un tratamiento *ad probationem* del requisito.

---

123. Ibídem.
124. Caso 026-05 CAM CCQ, Acta de Audiencia de Sustanciación, 21/10/2005.

6. Viabilidad de implementar la aplicación sustantiva de la desestimación

La aplicación sustantiva de la desestimación se presenta cuando el tribunal recurre al mecanismo para declarar la inoponibilidad de la personalidad jurídica. En pocas palabras, se trata de una aplicación ordinaria del levantamiento del velo societario, cuya activación se sitúa en la audiencia de estrados. No obstante, por disposición del artículo 22 de la LAM, el tribunal no puede convocar a dicha audiencia sin antes haberse declarado competente en la audiencia de sustanciación[125].

La competencia es la medida en la cual se distribuye la jurisdicción. A nivel judicial, la misma es conferida por mandato legal y se determina en razón de la materia, persona, grado y territorio[126]. En el arbitraje la competencia es conferida por la propia voluntad de las partes, pues son ellas quienes le otorgan al árbitro la potestad de juzgarlas y emitir un laudo que las vincule legalmente[127]. Así, un tribunal arbitral únicamente podrá juzgar a quienes consintieron en someterse a tal sede y en observancia estricta del alcance que dichas personas le otorgaron al convenio arbitral. A su vez, no podrá conocer controversias que no sean susceptibles de ser resueltas por arbitraje. De ahí que la competencia en sede arbitral deba determinarse en razón de la persona, materia y voluntad[128].

En este sentido, para determinar la viabilidad de la aplicación sustantiva del levantamiento del velo, esencialmente se debe dilucidar si los árbitros pueden llegar a tener competencia *ratione personae* **[6.1]**, *ratione materiae* **[6.2]** y *ratione voluntatis* **[6.3]** para resolver pretensiones

125. Ley de Arbitraje y Mediación, N. 57, Artículo 22.
126. Código Orgánico de la Función Judicial, Artículo 156, RO (S). No. 544, 09/03/2009.
127. Véase, de Trazegnies, N. 87.
128. S. Rodríguez, "El sistema arbitral del CIADI", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional,* Vol. VII, 2006, p. 783.

relativas a la inoponibilidad de la personalidad jurídica. En esta sección, aparte, revisaremos la jurisprudencia arbitral relativa al tema **[6.4]**.

6.1. Competencia en razón de la persona

La competencia *ratione personae* hace referencia a la delimitación de las personas que están llamadas a ser partes procesales del arbitraje. Esta se verifica al constatar el consentimiento de las mismas en someterse a dicho proceso y en asumir las consecuencias jurídicas que el laudo genere. Dado que la esencia del arbitraje reside en la voluntad de las partes, un tribunal arbitral solo podrá ser competente para juzgar a una determinada persona en la medida en que esta haya consentido en ser parte del arbitraje.

Bien, de configurarse las causales que permiten su procedencia, el levantamiento podría ser dispuesto sin exigencias adicionales en un proceso judicial. Esto ocurre debido a que el juez se encuentra envestido de jurisdicción otorgada por la ley y ejerce una función de naturaleza pública. Por lo tanto, puede vincular a cualquier persona al proceso –ya sea de oficio o a pedido de parte– y responsabilizarla por las obligaciones controvertidas si estima que existen razones suficientes para hacerlo. Sin embargo, la situación se presenta de forma distinta cuando la perforación es dispuesta por un tribunal arbitral.

Es importante recordar que la aplicación sustantiva del perforamiento trae como consecuencia jurídica –para terceros– la atribución de obligaciones que, en un principio, fueron propias de la compañía empleada como un *alter ego*. Esto implica que, en cierta forma, existe un ejercicio de facultades jurisdiccionales que recae sobre aquellos afectados por la desestimación. En fin, el árbitro estaría juzgando a

dichas personas al responsabilizarlas por las obligaciones de la sociedad. En consecuencia, para que un tribunal arbitral ordene la perforación del velo en la audiencia de estrados, es imprescindible que primero declare tener competencia –*ratione personae*– respecto a aquellos perjudicados por la medida, en la audiencia de sustanciación.

Ahora bien, resulta obvio que en la hipótesis propuesta será difícil encontrar un caso en el cual las personas que instrumentaron la sociedad como un *alter ego* hayan concurrido a la suscripción del convenio arbitral. Precisamente por haberse ocultado tras la personalidad jurídica de la compañía, se entiende que no intervinieron directamente en el negocio que originó la controversia. Sin embargo, esta no es una regla absoluta, podría darse el remoto caso en el que, tanto la compañía *alter ego*, como aquel encubierto tras ella, sean signatarios del pacto arbitral.

Sin perjuicio de esto, como se ha indicado oportunamente, un individuo puede ser considerado "parte" siempre que sobre el recaigan los efectos del acuerdo arbitral. Esto, a su vez, puede darse mediante una aceptación explícita a la cláusula compromisoria o mediante una aceptación tácita, lo cual conllevaría a considerarlo como una parte no signataria. En este sentido, el árbitro deberá extender los efectos del convenio arbitral e incorporar a los no signatarios –afectados por la inoponibilidad– al arbitraje.

Resta agregar que dicha inclusión no necesariamente debe ser resultado de la aplicación adjetiva del desvelamiento. El tribunal podría valerse de cualquier otra teoría de extensión para obtener el mismo resultado. En cualquier caso, para que el tribunal pueda desestimar la personalidad jurídica de una sociedad y atribuir sus obligaciones a terceros, es indispensable que declare tener competencia sobre tales personas.

6.2. Competencia en razón de la materia

La competencia *ratione materiae* guarda una estrecha relación con el criterio de arbitrabilidad objetiva. A criterio de ciertos autores, ambas implican lo mismo[129]. Esta esfera de la arbitrabilidad se verifica en la posibilidad de que una determinada controversia sea resuelta por arbitraje. Redfern, citado por Parraguez, afirma que la arbitrabilidad objetiva consiste en determinar la clase de controversias que "pueden resolverse por arbitraje y cuáles quedan relegadas exclusivamente al dominio de los tribunales de justicia nacionales"[130].

Se entiende, entonces, que este criterio será determinado por la ley y, en este sentido, coincidimos con González de Cossío al afirmar que "[…] el contenido y alcance de la arbitrabilidad es casuista. Depende del derecho local relevante, y difiere atendiendo a quien lo realiza"[131]. En cualquier caso, un tribunal arbitral será competente –*ratione materiae*– en la medida en que la materia, sobre la cual verse la litis, sea susceptible de ser arbitrada. *Contrario sensu*, "si el tribunal arbitral advierte que se encuentra frente a una materia que no es susceptible de arbitraje, está facultado para declararse incompetente […]"[132].

El artículo 190 de nuestra Constitución establece que el arbitraje se aplicará "[…] con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir"[133]. Siguiendo una misma línea, el artículo 1 de la LAM define al arbitraje como "[…] un mecanismo alternativo de solución de conflictos

129. Véase, L. Coronel Larrea & I. Nuñez Patiño, "La transigibilidad. Un criterio erróneo de arbitrabilidad", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 10, 2019.
130. A. Redfern *et al., Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, No. 4, La Ley, 2007, p. 227.
131. F. González de Cossío, "Orden público y arbitrabilidad: Dúo-Dinámico del arbitraje", *Revista Auctoritas Prudentium*, No. I, 2008, p. 11.
132. R. Rubio Guerrero, "El principio Competence-Competence en la nueva Ley Peruana de Arbitraje", *Lima Arbitration*, No. 4, 2010, p. 110.
133. Constitución de la República del Ecuador, Artículo 190, RO No. 449, 20/10/2008.

al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción"[134].

De las normas citadas se desprende que, para nuestra legislación, el criterio de arbitrabilidad se verifica en la transigibilidad de cada materia. A esta conclusión arribó el tribunal arbitral del CAM AMCHAM, en el Caso No. 008-15, afirmando que, "[…] sin lugar a dudas, sólo la materia transigible puede ser sometida a arbitraje"[135].

Siendo así, ¿qué debemos entender por materia transigible? El artículo 2348 del Código Civil define a la transacción como "[…] un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual"[136]. En línea con esta disposición, el artículo 2349 prescribe: "[n]o puede transigir sino la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción"[137]. De esto se desprende que la transigibilidad se encuentra ligada a la capacidad de disposición de los bienes objeto de la transacción. Aguilar Andrade añade:

> [e]ntre privados, entonces, la autonomía de la voluntad se expresa en la posibilidad de configurar el alcance del arbitraje, esto es, de conferir poder a los árbitros para resolver sobre los asuntos que sean de interés de los litigantes. Es evidente, entonces, que ese poder tiene las mismas limitaciones propias de la autonomía de la voluntad, y no puede ejercerse sobre cuestiones que han sido excluidas del espacio en el que ella opera; en otras palabras, sobre aquello que para los particulares es indisponible[138].

Por otro lado, nuestra ley no contempla una lista de aquellos asuntos que son transigibles. Al contrario, como

134. Ley de Arbitraje y Mediación, N. 57, Artículo 1.
135. Caso 008-15 CAM AMCHAM, Laudo final, 02/05/2016.
136. Código Civil, Artículo 2348, RO Sup. No. 46, 24/06/2005.
137. Ídem, Artículo 2349.
138. J. Aguilar Andrade, "Derecho administrativo y transigibilidad", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 6, 2014, p. 253.

a los particulares les es permitido hacer todo lo que no está prohibido por la ley, el Código ha preferido puntualizar casos específicos que no admiten transacción. Esta casuística, a criterio de Parraguez & Darquea, "[…] permite entender, entonces, que es materia transigible todo aquello que no ha sido calificado como no transigible"[139].

Ahora bien, ¿cómo se debe analizar la arbitrabilidad en el levantamiento del velo societario? Frente a esto se han formulado dos posturas: **(i)** una que sugiere que debe analizarse con base en los derechos comprendidos en el propio acto de la inoponibilidad; y, **(ii)** otra que predica que debe analizarse sobre la base de los derechos sustantivos litigados en el proceso.

Según la primera, el levantamiento del velo societario esencialmente pone en contraposición el derecho de crédito del acreedor con el derecho del accionista a que se limite su responsabilidad y los derechos de la propia compañía derivados de su personalidad jurídica. La declaratoria de inoponibilidad implica una supresión de tales derechos. En este sentido, para determinar si la desestimación es arbitrable, debe verificarse que aquellos derechos sean transigibles. Así, se afirma que en tanto ambos son de libre disposición[140], la inoponibilidad es arbitrable.

De acuerdo con la segunda, la arbitrabilidad no debe analizarse con base en los derechos comprometidos por la inoponibilidad, sino en los mismos derechos controvertidos en el proceso. A nuestro criterio, esta interpretación es mucho

139. L. Parraguez & J. Darquea, "La Arbitrabilidad del daño moral", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 8, 2016, p. 102.
140. Respecto al primero, se afirma que el mismo es transigible pues uno de los artículos innumerados, en a la sección de la SAS, de la Ley de Compañías permite a los accionistas "[…] renunciar de manera expresa y por escrito al principio de responsabilidad limitada en este tipo de compañías". Ley de Compañías, N. 55, Artículo (...). Respecto a los demás derechos derivados de la personalidad jurídica, (como la separación de patrimonios) se afirma que son transigibles pues la existencia legal de una sociedad es de libre disposición.

más acertada ya que el levantamiento del velo no es más que un mecanismo jurídico que permite atribuir la titularidad de las obligaciones a quienes se valieron de una sociedad para defraudar. En este sentido, nos sumamos al criterio de Andrade Ubidia al afirmar que la desestimación es un instrumento de carácter procesal[141]. El hecho de que su activación genere efectos sustantivos o meramente adjetivos, en nada altera su naturaleza jurídica. De ahí que para aplicar esta figura en un caso concreto, no se deba verificar la arbitrabilidad del mecanismo en sí mismo, sino la transigibilidad de la propia controversia.

En cualquiera de los casos expuestos se llega a la misma conclusión. Sin embargo, tal desenlace puede verse frustrado si se toma en cuenta el tratamiento procesal que nuestra ley otorga a la inoponibilidad de la personalidad jurídica. el artículo 17 de la Ley de Compañías prescribe:

> [s]alvo los casos excepcionales expresamente determinados en la ley, la inoponibilidad de la personalidad jurídica solamente podrá declararse judicialmente, de manera alternativa, o como una de las pretensiones de un determinado juicio por colusión o mediante la correspondiente acción de inoponibilidad de la personalidad jurídica de la compañía deducida ante un juez de lo civil y mercantil del domicilio de la compañía o del lugar en que se ejecutó o celebró el acto o contrato dañoso, a elección del actor[142].

El artículo 7 del Código Orgánico de la Función Judicial es claro al indicar que los árbitros ejercen funciones jurisdiccionales. En este sentido, no queda duda de que los asuntos sometidos a "sede judicial" son perfectamente arbitrables en la medida en que sean transigibles. Sin embargo, la redacción del artículo citado pone en tela de duda que tal regla se aplique en este caso. A causa de su formulación gramatical, no queda claro si –dentro del marco judicial– la

141. S. Andrade Ubidia, N. 24, p. 14.
142. Ley de Compañías, N. 55, Artículo 17(2).

inoponibilidad solo puede declararse **(i)** de manera alternativa o como pretensión en un juicio por colusión; o, **(ii)** mediante acción de inoponibilidad deducida ante el juez de lo civil y mercantil.

La situación se torna mas incierta debido a que la Disposición General Tercera de la Ley prescribe: "[e]n general, por los fraudes, simulaciones, abusos o vías de hecho que se cometen en perjuicio de terceros, a nombre de una compañía o valiéndose de ella, serán personal y solidariamente responsables […]"[143]. La expresión "en general" sugiere que la desestimación no se limita a los casos previstos por el artículo 17 para la inoponibilidad. De cualquier, forma el artículo 17 se refiere exclusivamente a la "inoponibilidad" lo cual abre la duda de si únicamente es posible atribuir responsabilidad por medio de esta vía o si la Disposición General Tercera deja la puerta abierta para que existan otras.

Sin duda, es una inquietud que al momento no tiene respuesta. Más aún, la falta de casos relativos al tema ha impedido que la jurisprudencia desarrolle una solución adecuada. Puede, sin embargo, afirmarse que al tenor del criterio de arbitrabilidad objetiva adoptado por nuestro ordenamiento, las pretensiones relativas a la desestimación son perfectamente arbitrables.

6.3. Competencia en razón de la voluntad

La competencia *ratione voluntatis*, en términos generales, se verifica en la configuración interna del convenio arbitral. Esta esfera de la competencia puede bifurcarse en dos dimensiones distintas: **(i)** el alcance del convenio arbitral, es decir, la delimitación de los asuntos sometidos al arbitraje[144];

143. Ídem, Disposición General Tercera.
144. J. Siqueiros, "El Alcance (Ratione Materiae y Ratione Personae) del Acuerdo de Arbitraje en Derecho Mexicano", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. 5, 2005, p. 25.

y, **(ii)** las condiciones estipuladas por las partes para que el arbitraje proceda.

Reiterando el criterio que se ha expuesto a lo largo de este estudio, la competencia de los árbitros se ciñe estrictamente a la voluntad de las partes. En este sentido, un tribunal arbitral tendrá competencia para pronunciarse exclusivamente sobre aquello que las partes sometieron al arbitraje[145]. De igual forma, solo podrá declararse competente si se han cumplido los requisitos convenidos por las partes para que el arbitraje proceda, por ejemplo, la ejecución de una cláusula escalonada o los denominados *cooling off periods*.

A raíz de esto, cabe preguntarnos si la perforación del velo societario –dispuesta por un tribunal arbitral– excede su competencia en caso de que dicha facultad no le haya sido otorgada de forma expresa en el convenio. La inquietud no es inocua pues, como puede advertirse, sería inusual cuanto no imposible encontrar un convenio que otorgue a los árbitros la potestad de levantar el velo societario de cualquiera de las partes. Siguiendo la misma lógica, ¿sería factible que el tribunal, a pesar de no haberlo solicitado las partes, declaré de oficio la desestimación de la personalidad jurídica si lo estima conveniente?

Para poder llegar a una conclusión adecuada, es necesario realizar una precisión conceptual. La discusión que nos convoca en este caso debe ser atendida con base en dos criterios distintos: **(i)** el alcance del convenio arbitral; y, **(ii)** la delimitación de lo solicitado por las partes.

En cuanto a lo primero, es claro que la competencia *ratione voluntatis* limita al árbitro a pronunciarse exclusivamente sobre los asuntos entregados al arbitraje. De hecho, la causal d del artículo 31 de la LAM permite la acción de nulidad

145. J. Robledo & R. Rincón, "El arbitraje y el gobierno corporativo", *Perspectiva*, 2006, p. 42.

cuando "[e]l laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje […]"[146]. ¿Podría entonces aquel perjudicado por la desestimación pretender la nulidad del laudo, alegando que el tribunal se pronunció sobre algo que no fue sometido al arbitraje? A nuestro juicio, tal argumentación no prosperaría.

Como se ha expuesto con anterioridad, el levantamiento del velo no es más que un mecanismo procesal que tiene como fin atribuir responsabilidad a quienes usaron la sociedad para defraudar. Su aplicación sustantiva, a breves rasgos, implica usar este mecanismo para resolver el fondo de la controversia. Siguiendo esta línea, si el convenio arbitral le ha encomendado al tribunal la resolución de un determinado conflicto, se entiende que el tribunal está facultado para valerse de cualquier mecanismo –permitido por la ley– para llegar a tal resolución. Por ende, si dicha resolución implica declarar la inoponibilidad de la personalidad jurídica, el árbitro no estaría pronunciándose sobre cuestiones no sometidas al arbitraje.

En cuanto a lo segundo, la respuesta requiere de menor análisis. Al igual que lo señalamos en secciones anteriores, a diferencia del juez el árbitro ejerce funciones jurisdiccionales que le son conferidas por un acuerdo entre particulares. En tanto el juez ejerce una función de orden público, en ciertos casos, está facultado para actuar de oficio en miras de administrar justicia.

Por el contrario, las facultades de los árbitros se encuentran limitadas por el convenio arbitral y por los actos propositivos de las partes. De ahí que la misma causal d del artículo 31 permita anular el laudo cuando este "[…] conceda más allá de lo reclamado"[147]. En este sentido, un tribunal arbitral únicamente podrá declarar la inoponibilidad si así lo han solicitado las partes.

146. Ley de Arbitraje y Mediación, N. 57, Artículo 31(d).
147. Ídem.

6.4. Jurisprudencia arbitral relativa al tema

Existe un caso muy interesante tramitado ante el CAM AMCHAM[148] donde el tribunal pudo haber aplicado el levantamiento del velo societario de forma sustantiva. El caso versó sobre el presunto incumplimiento de un acta transaccional celebrada por dos compañías mercantiles. El acta había sido resultado de un agotante ciclo de desavenencias entre las partes a causa del aparente uso ilegítimo del nombre comercial de la actora. El acuerdo impuso la obligación a la demandada de abstenerse en emplear el nombre comercial dentro del territorio nacional y, a su vez, la obligación a la actora de abstenerse en usarlo fuera del Ecuador. Tanto en la demanda como en la reconvención ambas partes alegaron el incumplimiento de su contraria.

En su reconvención, la demandada adujo que su contraparte había incumplido la obligación de abstención **(i)** al constituir una compañía en Panamá con la denominación que el acta le prohibía usar; y, **(ii)** al registrar este nombre como "denominación comercial" a través de la compañía panameña. Al contestar la reconvención, la accionante negó haber constituido dicha sociedad. Además, alegó que el acuerdo fue suscrito por ella y no por la empresa panameña. Por último, afirmó no ser accionista de esta última y, por lo tanto, no haber sido ella quien registró la marca en Panamá. Textualmente agregó: "[n]o se le puede atribuir responsabilidad a mi representada […] por acciones en las cuales no ha participado".

Frente a esto, el tribunal arbitral determinó que el contrato de transacción fue suscrito por el señor "A" en representación de la compañía actora. Posteriormente, "A" –presidente y accionista de la demandante– transfirió la totalidad de las acciones suscritas a los señores "B" y "C". Al mismo tiempo,

148. Caso AMCHAM confidencial, Laudo, 28/11/2014. Tribunal arbitral compuesto por Dr. Fabián Jaramillo Terán, Dr. Vladimir Villalba Paredes y Dr. Luis Parraguez Ruiz.

"B" y "C" fueron nombrados directores de la compañía panameña, e inclusive se designó a "B" como su presidente. Por otro lado, se encontró la existencia de "[…] una estrecha relación comercial entre la compañía ecuatoriana y la compañía panameña, que lleva a que [se] reconozca a las dos compañías en mención (junto a otras) bajo un mismo holding de empresas, con una colaboración íntima y organigrama único".

Todo esto permitió al tribunal concluir que los señores "[A], [B] y [C] sumaron su voluntad individual o conjunta con los otros, para formar la voluntad de la compañía ecuatoriana y la compañía panameña, estructurando a ambas compañías bajo una misma administración, representación legal, accionistas, holding y organigrama". En el laudo se agregó:

> [n]o es función de este Tribunal descubrir la voluntad que controla a ambas compañías, pero sí el de detectar esa simetría cuando se quiere eludir las obligaciones de una persona jurídica, haciendo aparecer una aparente legalidad para disfrazar un abuso del derecho, lo cual va contra la naturaleza económica-jurídica de la personalidad societaria de largo desarrollo y, en general, contra el Derecho.

El tribunal, a su vez, citó la jurisprudencia de la Primera Sala de la Corte Suprema de Justicia, señalando que

> [f]rente a estos abusos hay que reaccionar desestimando la personalidad jurídica, es decir, descorriendo el velo que separa a los terceros con los verdaderos destinatarios finales de los resultados de un negocio jurídico, llegar hasta éstos, a fin de impedir que la figura societaria se utilice desviadamente como un mecanismo para perjudicar a terceros[149].

De este modo, el tribunal resolvió que en dicho caso

> […] el principio de buena fe en la ejecución de la obligación de no hacer consistía en que la compañía obligada no podía hacer uso del [nombre comercial] fuera del territorio ecuatoriano, a

149. Primer Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, *Diners Club del Ecuador c. Mariscos de Chupadores CHUPAMAR S.A*, Causa No. 120-2001, RO No. 350, 19/06/2001.

> cuyo efecto, la voluntad y actitud de buena fe de la compañía recae en las personas naturales que la representan o que forman los órganos internos de formación de su voluntad. No se trata de una compañía panameña con una voluntad ajena, independiente y extraña a la voluntad de la compañía ecuatoriana; por el contrario, […] existe una instrumentación de la personalidad jurídica societaria ecuatoriana para perjudicar a la contraparte, contraviniendo el espíritu de las concesiones recíprocas adquiridas por el contrato de transacción".

Así, se declaró que la compañía accionante había incumplido su obligación de abstención. Sin embargo, se llegó a demostrar que de igual forma la demandada había incumplido una de sus obligaciones. Por esta razón, el tribunal rechazó tanto la demanda como la reconvención.

Es discutible que este caso se trate de un levantamiento del velo societario. Sobre todo, por cuanto no existió una desestimación de la personalidad jurídica –de la compañía actora– que implicara una excepción al principio de responsabilidad limitada. Al contrario, se atribuyó responsabilidad a la propia compañía reconvenida por un incumplimiento que, en principio, era propio de la compañía panameña.

Podría considerarse que el tribunal levantó el velo societario de la compañía panameña, determinando que la demandante –quien de algún modo tenía su control– la instrumentó para perjudicar a su contraparte. De ahí que se explique la atribución de responsabilidad a la propia compañía actora. Puesto que el tribunal no enmarcó su razonamiento en una teoría específica, es difícil poder llegar a una afirmación exacta. En cualquier caso, no cabe duda de que se rechazó la excepción alegada por la actora, que giraba en torno a la separación entre la personalidad jurídica de ambas sociedades; lo cual, en síntesis, sugiere la inoponibilidad de la personalidad jurídica.

7. Conclusiones

Este estudio asumió la tarea de determinar si los árbitros pueden levantar el velo societario. Para ello, se inició caracterizando esta figura como un mecanismo que produce la inoponibilidad de la personalidad jurídica y, en consecuencia, la atribución de obligaciones –propias de una sociedad– a los individuos que abusaron de su personalidad. De igual forma, se abordó su aplicación en el arbitraje, como una de las teorías que permite la extensión del convenio arbitral.

Posteriormente, se analizaron las formas en las cuales puede utilizarse la figura en sede arbitral. Distinguiendo así entre una aplicación adjetiva y una sustantiva. Su aplicación adjetiva implica hacer uso del mecanismo para incorporar a no signatarios al arbitraje. Su aplicación sustantiva se traduce en la implementación de la figura para determinar la titularidad de las obligaciones controvertidas.

En cuanto a su aplicación adjetiva, se concluyó que la misma enfrenta dos dificultades: el principio consensual del arbitraje y el requisito de escrituración del convenio arbitral. Al respecto, la extensión del convenio arbitral a no signatarios parte del propio consentimiento de dichas personas develado a través de su conducta. Por lo cual, los supuestos de extensión no vulneran la naturaleza voluntaria de este MASC. Por otro lado, a pesar de que nuestra ley exige una forma escrita al convenio arbitral, se ha evidenciado que los avances más recientes en la jurisprudencia y en la doctrina apuntan a concebir este requisito con un carácter *ad probationem*. Si bien, nuestra ley no es clara respecto a dicho tratamiento, nuestros árbitros han optado por abordarlo de una forma más flexible, permitiendo así la extensión a partes no signatarias.

En cuando a su aplicación sustantiva, se concluyó que fundamentalmente el análisis nos lleva a verificar la

competencia que los árbitros pueden tener para conocer pretensiones relativas a la inoponibilidad. Concretamente, se analizaron las tres facetas de la competencia.

Respecto a la competencia en razón de la persona, se concluyó que la aplicación de la inoponibilidad necesariamente implica un ejercicio de facultades jurisdiccionales sobre aquellos afectados por la medida. Por consiguiente, el árbitro solo podrá levantar el velo societario si ha declarado tener competencia respecto a quienes espera responsabilizar.

Respecto a la competencia en razón de la materia se concluyó que la arbitrabilidad no se verifica en el acto de la inoponibilidad, sino en la propia controversia. Por lo cual, el levantamiento del velo societario es una cuestión naturalmente arbitrable. Sin embargo, queda la duda de si las disposiciones de la Ley de Compañías restringen su implementación a la función judicial.

Respecto a la competencia en razón de la voluntad, se concluyó que el árbitro puede implementar la desestimación sin que esto sea considerado como una extralimitación de sus atribuciones. Esto debido a que el levantamiento del velo no es más que un mecanismo procesal implementado para la resolución de la controversia. Por otro lado, a causa de la naturaleza voluntaria del arbitraje, el árbitro no puede declarar de oficio la inoponibilidad de la personalidad jurídica, sino que solo podrá hacerlo si así las partes lo han solicitado.

El interrogatorio cruzado y las Directrices para el Careo de Testigos y Expertos del *Chartered Institute of Arbitrators*

*Mario Reggiardo Saavedra**
*Álvaro Cuba Horna***

Recibido/Received: 31/07/2020
Aceptado/Accepted: 16/09/2020

Sumario: 1. Introducción. **2.** El careo de testigos y expertos. **3.** ¿Qué resultados puede dar el careo de testigos o expertos? **4.** Las Directrices para el Careo de Testigos y Expertos en el Arbitraje Internacional. **4.1.** *Checklist*. **4.1.1.** Asuntos a tomar en cuenta para optar por el careo. **4.1.2.** La forma de organización del careo. **4.2.** Directrices Estándares. **4.3.** Instrucciones Específicas. **5.** Conclusiones.

Resumen: Los arbitrajes complejos no suelen ganarse únicamente con documentos escritos. La audiencia es un hito clave. Es la oportunidad con la que cuentan las partes para transmitir a los árbitros su teoría del caso y probar los hechos que alegan. La participación de los testigos y expertos es decisiva, por lo que el interrogatorio debe acomodarse a los intereses de ambos actores, de modo que sus declaraciones no sean desacreditadas por los abogados de la otra parte. Actualmente el interrogatorio cruzado es el predominante.

* Socio de Payet, Rey, Cauvi, Pérez. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Maestría en Derecho y Economía por la Universidad de Hamburgo. Profesor de Análisis Económico del Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad del Pacífico. Correo electrónico: mrs@prcp.com.pe

** Asistente de Payet, Rey, Cauvi, Pérez. Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Adjunto de docencia en la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad del Pacífico. Correo electrónico: ach@prcp.com.pe

M. Reggiardo Saavedra & A. Cuba Horna, "El interrogatorio cruzado y las Directrices para el Careo de Testigos y Expertos del Chartered Institute of Arbitrators", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 11, 2020, pp. 549-582.

ISSN: 2600-5611 / e-ISSN: 2600-562X
DOI: 10.36649/rea1118

El careo es menos usado. Este tipo de interrogatorio permite confrontar directamente a los testigos y expertos en la audiencia, y poder tener mayor certeza sobre quién dice la verdad. Los autores comentan las ventajas y desventajas de este tipo de interrogatorio. También analizan las Directrices para el Careo de Testigos y Expertos en el Arbitraje Internacional, publicadas por el Chartered Institute of Arbitrators en el 2019.

Palabras Clave: arbitraje internacional, interrogatorio de testigos y expertos, careo de testigos y expertos.

Cross-examination and the Chartered Institute of Arbitrators Guidelines on Witness Conferencing

Abstract: Complex Arbitrations are not usually favorable only with documentary evidence. The hearing is a key milestone. It is the opportunity for the parties to transmit their theory of the case and prove the key facts to the arbitrators. The participation of witnesses and experts is decisive, which means that the interrogation must be adapted to the interests of both actors, so that the other party's lawyers do not discredit their oral submissions. Currently, cross-examination is predominant. Witness conferencing is less used. This type of interrogation allows witnesses and experts in the hearing to be confronting, and to be more certain about who is telling the truth. The authors comment on the advantages and disadvantages of this type of interrogation. In addition, the authors analyze the Guidelines for the Witness Conferencing in International Arbitration, published in 2019 by the Chartered Institute of Arbitrators.

Keywords: examination of witnesses, witness conferencing, CIARB, evidentiary hearing.

1. Introducción

El interrogatorio suele ser una de las partes más emocionantes en las películas sobre procesos judiciales. Y lo es también en la realidad. Ahí el abogado tiene la oportunidad de desacreditar la posición del testigo o experto ofrecido por la otra parte. Pero este ejercicio no es sencillo. Los testigos o expertos suelen ser reacios a brindar toda la información que el litigante necesita. Las respuestas evasivas o incompletas son las preferidas por los testigos o expertos bien preparados.

Este problema suele estar asociado a que los testigos y expertos conocen mejor los hechos que los litigantes. ¿Quién conoce mejor lo que pasó si no el propio testigo del caso? ¿Quién conoce mejor los aspectos técnicos de la disputa que el propio experto? Esta asimetría informativa genera que, en muchas ocasiones, las respuestas evasivas, incompletas o falsas de los testigos o expertos, pasen por alto. Salvo que haya otros medios de prueba que lo contradigan, los abogados tienen una baja probabilidad de notar la falsedad de las declaraciones. El método clásico del interrogatorio cruzado, en principio, no permite solucionar este problema.

El careo de testigos o expertos permite reducir esta asimetría informativa y la posibilidad de que los testigos o expertos adopten conductas oportunistas como declaraciones falsas, incompletas o evasivas. La posibilidad de que los testigos o expertos declaren conjuntamente, así como se refuten simultáneamente, permite a los abogados y al tribunal notar con mayor facilidad quién dice la verdad. Pese a ello, hasta hace poco este tipo de interrogatorio y su diseño eran pocos conocidos por los usuarios del arbitraje.

El diseño de este tipo de interrogatorio era tan solo conocido por los litigantes arbitrales con experiencia en casos sofisticados. Su aplicación y uso no era (y, posiblemente,

hasta la actualidad) tan amplia en los arbitrajes, contrario a lo que sucede en los procesos penales, en los que tiene un uso generalizado.

En el año 2019, el *Chartered Institute of Arbitrators* (CIARB) emitió las Directrices para el Careo de Testigos y Expertos en el Arbitraje Internacional (en adelante, Directrices). Estas buscan identificar las mejores prácticas arbitrales para el diseño de careos de testigos y expertos en los procesos arbitrales, y que sean conocidas por los litigantes arbitrales.

En este artículo, abordaremos cuáles son las principales prácticas arbitrales reflejadas en las Directrices. Presentaremos qué ventajas y desventajas podemos encontrar en el careo de testigos y expertos en los arbitrajes.

Este tipo de interrogatorio debe adaptarse a las necesidades de cada caso en particular, por lo que es indispensable evaluar si nuestros testigos o expertos se ajustan a estas necesidades.

2. El careo de testigos y expertos

En muchos arbitrajes las pruebas testimoniales o periciales son cruciales para el resultado final. Si bien no son los únicos factores[1], si uno no cuenta con sólidos testigos o peritos que permitan persuadir a un tribunal arbitral de la veracidad de los hechos, existen bajas probabilidades de obtener un laudo favorable.

¿Qué ventajas ofrecen buenos testigos y peritos? Reconstruir los hechos del conflicto, en el caso de los testigos, y sustentar técnicamente los hechos narrados por las partes que dan pie al planteamiento de soluciones legales, en el caso de los peritos. En casos que involucren asuntos complejos de hecho

1. Además de tener buenos testigos y expertos, tener buenas pruebas documentales dará mayores fortalezas a una teoría del caso.

y técnicos, abogados sin buenos testigos ni peritos reducen su probabilidad de éxito. La teoría del caso de los abogados, en realidad, se trata de información que nos es transferida por **(i)** las partes del conflicto (nuestros clientes o, como suelen ser, los testigos) y **(ii)** los expertos del caso (los técnicos o, como suelen ser, los peritos).

Antes que plantear la resolución de un contrato o solicitar una indemnización (soluciones legales), un litigante debe convencer al tribunal arbitral acerca de **(i)** cuáles fueron los hechos del caso; y **(ii)** cuáles son las soluciones técnicas que sustentan los hechos del caso y que permiten a los abogados plantear posiciones legales. La posición de los litigantes será exitosa si logra transferir de forma eficiente (en otras palabras, persuadir) la información que les es transferida por los actores y expertos del caso. Los abogados solo destacaremos en un litigio si somos buenos receptores y transmisores de la información hacia los miembros del tribunal arbitral.

Para lograr este objetivo, entre otras herramientas, los abogados solemos recurrir a las declaraciones de testigos y expertos durante las audiencias. Más allá de su eventual presentación escrita[2], las declaraciones orales de testigos y expertos son elementos cruciales del arbitraje, pues permiten actuar y recrear todo lo escrito. Como señalan Levy & Reed, "es una regla común que un tribunal arbitral no debe decidir un caso únicamente sobre la base de los documentos presentados por las partes"[3]. Con la participación oral de los testigos y expertos, las partes "darán vida a lo que, para los árbitros, ha sido hasta ahora solo una pila de papeles"[4].

---

2. La presentación escrita de las declaraciones testimoniales o periciales suele ser especialmente empleada, en caso las Reglas IBA sobre Práctica de la Prueba en el Arbitraje Internacional sean aplicables.
3. L. Levy & L. Reed, "Managing Fact Evidence in International Arbitration", en A. Van Den Berg, *International Arbitration 2006: Back to Basics?,* ICCA Congress Series, Vol. 13, Kluwer Law International, 2007, p. 637.
4. Ibídem.

¿Cómo aprovechar y maximizar a los testigos y expertos del caso? No basta con hacerlos hablar en una audiencia. Los abogados deben encontrar una forma u organización de la audiencia (en especial, el interrogatorio) que se acomode al perfil de nuestros testigos y expertos. Los testigos y expertos deben sentirse cómodos en los interrogatorios, en la medida que estén conscientes que deben decir la verdad.

En la actualidad, es usual exponer a nuestros testigos y expertos a los interrogatorios cruzados. En esta modalidad interrogamos a los testigos y expertos de la otra parte para restar credibilidad a sus declaraciones, para hacerlos caer en contradicciones y rectificaciones. Si se desacredita al actor y el experto del caso de la otra parte, la teoría del caso de la otra parte inevitablemente se debilitará. Por ello, en palabras de Harbst, el interrogatorio cruzado "es la oportunidad de la parte contraria para demostrar que la historia no es precisa y no es confiable"[5].

Durante los últimos años se ha venido expandiendo el uso de otro tipo de interrogatorio, que es el careo de testigos y expertos. A diferencia del interrogatorio cruzado, en el que los abogados realizan una serie de preguntas a los testigos y expertos para desacreditar sus declaraciones de forma individual, "el careo de testigos y expertos implica escuchar a grupos de testigos juntos y permite un diálogo entre ellos, coordinado y controlado por el tribunal"[6]. En esa misma línea, Harbst define al careo de testigos y expertos como "una forma de examen donde los testigos y expertos de ambas partes se escuchan al mismo tiempo"[7].

5. R. Harbst, "A Counsel's Guide to Examining and Preparing Witnesses in International Arbitration", *Arbitration International*, Vol. 32(2), 2016, p. 97.
6. J. Waincymer, *Procedure and Evidence in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2012, p. 918.
7. R. Harbst, N. 5.

Si bien el diseño del careo puede variar dependiendo de cada proceso arbitral, el diseño estándar es que el tribunal arbitral o los litigantes proponen un asunto o realizan una serie de preguntas que deben ser respondidos por los testigos o expertos conjuntamente. Durante las intervenciones, el testigo o experto puede intervenir y corregir (en caso lo estime conveniente) algún extremo de la declaración del otro testigo o experto que está sentado a su lado, lo cual puede motivar una discusión directa entre los testigos o expertos. La confrontación directa y simultánea es la principal característica del careo de testigos o expertos, lo cual brindará al tribunal arbitral mayores luces de quién dice la verdad.

El careo se encuentra reconocido en el artículo 8(3)(f) de las Reglas de la IBA sobre Práctica de la Prueba en el Arbitraje Internacional, el cual establece que el tribunal arbitral (de oficio o a instancia de una parte) puede variar la organización de los interrogatorios "de modo tal que los testigos sean interrogados en forma simultánea y confrontándose unos con otros (interrogatorio simultáneo o careo de testigos)". Pese a ello, en la actualidad las preferencias de los litigantes en los arbitrajes suelen estar asociadas a los interrogatorios cruzados.

Sus principales características consisten en que es una declaración **(i)** conjunta; **(ii)** simultánea; y, **(iii)** sobre los mismos asuntos:

(i) ***Conjunta*.** En el careo, todos los testigos o expertos de un tema en particular están presentes en la misma audiencia para ofrecer sus declaraciones. Como señalan Fernandino *et al.*, en el careo, a diferencia del interrogatorio cruzado "todos los expertos y testigos en un tema en particular están presentes en el estrado de los testigos o expertos y están sujetos a preguntas por el

tribunal y las partes"[8]. Las declaraciones son examinadas "lado a lado en lugar de forma secuencial"[9]. Los testigos y expertos oirán todas las respuestas dadas por el resto.

Esta característica mitiga varios riesgos del proceso arbitral. Por ejemplo, si los actores del proceso arbitral optan por el careo de testigos o expertos, carecería de sentido ponerse a pensar sobre el secuestro[10] de los testigos antes de sus declaraciones. El carácter conjunto de las declaraciones brinda al tribunal arbitral la oportunidad de observar las reacciones y las respuestas inmediatas de los testigos o expertos ante una declaración falsa, lo cual reduce la posibilidad de que los testigos no adaptarán sus declaraciones en función de la declaración de otro testigo. El careo permite al tribunal arbitral determinar con mayor precisión qué testigo dice o no la verdad.

(ii) ***Simultánea.*** En el careo, todos los testigos o expertos ofrecen sus declaraciones de forma simultánea. La opción depende de las partes. Se caracteriza porque los involucrados "se escuchan al mismo tiempo"[11]. En dicha interacción, incluso, es posible que los testigos o expertos generen diálogos entre sí y lleguen a acuerdos sobre distintos hechos del arbitraje. Frente a una pregunta del tribunal arbitral o de los abogados de las partes, los testigos o expertos pueden responder simultáneamente o de forma consecutiva, pero en cualquier caso cada testigo o experto oirá sus declaraciones y podrá corregir (si lo estima necesario) cualquier afirmación incorrecta.

---

8. C. Fernandino *et al., Evidence in International Arbitration: The Italian Perspective and Beyond,* Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP, Thomson Reuters, 2016.
9. M. Mcllwrath & J. Savage, "International Arbitration and Mediation: A Practical Guide". Kluwer Law International, 2010, p. 312.
10. El término "secuestro", para el caso de los testigos o expertos, es una traducción libre del término "*sequestration of witnesses*". El secuestro consiste en la prohibición, para un testigo o experto, de asistir a las declaraciones e interrogatorios de otros testigos o expertos, antes de su propia declaración en la audiencia.
11. R. Harbst N. 5, p. 169.

(iii) ***Sobre los mismos asuntos.*** En el careo es usual que los testigos o expertos declaren sobre los mismos asuntos. Ello permite ordenar la audiencia y que se explote el conocimiento de los testigos o expertos. Carecería de sentido que dos testigos declaren conjuntamente en la audiencia y que sus declaraciones escritas consistan sobre dos asuntos distintos de los hechos del arbitraje. Por ello, es preferible que el careo de testigos sea ordenado dependiendo de los asuntos declarados de forma escrita por los testigos o expertos.

3. ¿Qué resultados puede dar el careo de testigos o expertos?

A diferencia del interrogatorio cruzado, el careo de testigos o expertos implica una declaración conjunta y simultánea de los testigos o expertos sobre un mismo asunto. Las ventajas son:

(i) ***El careo puede acomodarse a testigos o peritos con menos experiencia en arbitrajes.*** Como señalan Fernandino *et al.*, & Molfa, el careo:

> "[…] puede favorecer a los expertos que tienen menos experiencia en arbitraje, sobre la base de que es probable que se adapten más rápidamente al proceso –que podría ser más similar a un panel académico en el careo– en lugar de una sala tradicional del tribunal para el examen de cross-examination"[12].

El careo puede ser un ambiente mucho más cómodo para nuestros testigos o expertos. A diferencia del interrogatorio cruzado, en el careo los testigos o expertos brindarán sus declaraciones con menos restricciones. Existirá menor control de los litigantes para realizar preguntas incómodas que les resten credibilidad. Los testigos y expertos se sentirán más libres para brindar sus

12. C. Fernandino *et al.*, N. 8.

impresiones, lo cual aumentaría la probabilidad de que los testigos o expertos con menos experiencia transfieran al tribunal arbitral de forma adecuada la información que poseen.

(ii) ***El careo restringe las discusiones entre los testigos o expertos.*** El careo brinda la oportunidad de que los testigos o expertos dialoguen entre sí y puedan señalar expresamente los asuntos en los que están de acuerdo y en desacuerdo. Por ejemplo, si dos testigos han sido ofrecidos para aclarar la ejecución de un proyecto de obra y existen dos versiones sobre un mismo hecho (causas de la demora en la culminación del proyecto), el careo permitirá un diálogo entre ambos testigos o expertos y que, en caso se afirme un hecho inexacto, se pueda rectificar directamente por el otro testigo o experto. Como señala Harbst:

> "[u]na conversación directa entre dos testigos de hecho que pueden haber trabajado en el mismo proyecto se verá muy diferente. Habría un intercambio continuo de declaraciones (orales) y argumentos, como resultado de lo cual se aclara donde hay un terreno en común entre los testigos y donde hay desacuerdo. La dinámica de dicha conversación es adecuada para filtrar eventos relevantes y para probar la fuerza de las posiciones respectivas"[13].

El diálogo entre los testigos permitirá al tribunal arbitral determinar qué hechos están en discusión entre los testigos, lo cual permitirá acotar la discusión del arbitraje. Born añade en esa línea que el careo de testigos o expertos permite "identificar áreas de acuerdo, forzar concesiones y evaluar la credibilidad de las discrepancias"[14]. Esto no ocurre con mucho éxito en el interrogatorio cruzado, pues ahí las declaraciones de los testigos son individuales y existe una menor capacidad

13. R. Harbst, N. 5.
14. G. Born, *International Commercial Arbitration. Kluwer Law International*. Kluwer Law International, 2da. Ed., 2014, p. 2293.

de refutar directamente las declaraciones incorrectas. En ese caso, "la confrontación de un testigo con otros testigos es indirecta en un interrogatorio convencional. En careos de testigos, la confrontación es directa"[15]. De hecho, tras un interrogatorio cruzado, las refutaciones a las declaraciones de los testigos suelen darse en la audiencia de alegatos finales (días o, a veces, semanas después de las declaraciones orales) o, incluso, en los escritos de conclusiones, lo cual reduce significativamente la capacidad de respuesta de las partes o de los testigos. Por ello, el careo de testigos permite "exponer evasiones, simplificaciones excesivas e inexactitudes"[16].

Lo mismo ocurre en el caso de los expertos. Si los expertos de las partes discrepan sobre un asunto legal o técnico, el careo de expertos les permitirá refutarse directamente y determinar qué experto presenta argumentos más sólidos. De hecho, en el caso de los expertos, estos serán más cuidadosos con sus declaraciones, pues saben que el otro experto puede refutar cualquier inexactitud durante el careo. Esto no ocurre en el interrogatorio cruzado, pues por lo general el experto tiene mayor conocimiento sobre el asunto legal o técnico que el abogado que interroga. Dicha ventaja del careo permitirá al tribunal arbitral conocer con mayor detalle la opinión de los expertos, determinar los acuerdos de los expertos en algunos asuntos y las razones por las que los expertos discrepan en otros asuntos. Como señala Harbst:

> "[s]i dos expertos se enfrentan entre sí, la situación es diferente. Los expertos serán más precisos y más cuidadosos al hacer sus declaraciones. Entre ellos, a menudo hay una mezcla fructífera de respeto mutuo y competencia. Ambos son conscientes de que cualquier inexactitud de declaración errónea puede ser refutada inmediatamente"[17].

15. R. Harbst, N. 5.
16. G. Born, N. 14.
17. R. Harbst, N. 5.

(iii) ***El careo puede reducir el tiempo y costo de los arbitrajes.*** Durante los interrogatorios cruzados, es frecuente encontrarnos frente a diversas preguntas innecesarias o poco fructíferas de los abogados, quienes poseen menos conocimiento que los testigos o expertos en los asuntos en discusión. Las preguntas innecesarias e interrupciones de los tribunales arbitrales generan tiempo y costos innecesarios en los arbitrajes. Dentro del careo, este escenario puede mitigarse.

Pongamos un ejemplo. En un arbitraje complejo, se han ofrecido ocho expertos, de los cuales cuatro declaran sobre un mismo asunto y los otros cuatro declaran sobre otro mismo asunto. En una audiencia convencional, es usual que cada experto ofrezca su declaración y sea sometido a un interrogatorio por los abogados de ambas partes por un lapso de 90 minutos. Este procedimiento será aplicado igualmente en el resto de siete expertos. En total, serían 12 horas invertidas para los interrogatorios de los expertos, sin contar los descansos o incidentes, lo cual implica diversos costos en el arbitraje (honorarios del tribunal arbitral, costos del centro arbitral, costo de oportunidad para las partes, honorarios de los abogados, entre otros).

Pero en caso las partes opten por el careo, el tiempo y costo podría reducirse en cuanto existan limitaciones expresas durante la audiencia para la realización de preguntas por parte de los abogados, lo cual podría ser discutible. Bajo el ejemplo señalado, podrían celebrarse dos careos, en los cuales participarán los expertos que opinen sobre un mismo asunto. Cada careo duraría un aproximado de tres horas, o menos, en caso haya limitaciones durante la audiencia para las preguntas de los abogados, por lo que en total serían seis horas invertidas para los interrogatorios de los expertos.

No obstante, este escenario dependerá de la organización de cada arbitraje y la posibilidad de los abogados de tener un tiempo prudencial para realizar sus preguntas. Como señala Ulmer, "el careo no necesariamente ahorra tiempos de la audiencia pues generalmente es necesario que los testigos o expertos sean examinados por la parte contraria por separado antes del careo conjunto"[18]. Es decir, tras el careo realizado, es posible que los abogados realicen el interrogatorio cruzado, lo que justificaría que la duración de la audiencia sea, incluso, mucho mayor.

Pese a las ventajas ofrecidas por el careo de testigos y expertos, los litigantes y tribunales arbitrales deben ser muy cuidadosos en aplicar este tipo de procedimiento:

(iv) ***El tribunal arbitral debe mantener el control del interrogatorio***. Si bien el careo brinda una confrontación directa a los testigos y expertos y una oportunidad para rectificar directamente cualquier inexactitud de las declaraciones, este aspecto puede convertir a un diálogo entre los testigos o expertos en una disputa personal. Por ello, como señala Hunter, "para que el careo funcione de manera eficiente, el tribunal debe tomar en serio la tarea de elaborar la agenda y asegurarse de que la audiencia esté presidida de manera firme pero justa [...]"[19].

El careo requiere una moderación que ordene la discusión y que evite que las declaraciones no se desvíen de las preguntas formuladas por el tribunal arbitral o el litigante que interrogue.

(v) ***Los litigantes deben mantener su oportunidad de realizar un interrogatorio a los testigos o expertos.*** En el proceso arbitral, los litigantes conocen mejor el caso que

18. N. Ulmer, "The Cost Conundrum", *Arbitration International*, Vol. 26 (2), 2010, p. 244.
19. M. Hunter, "Expert Conferencing and New Methods". en A. Van Der Berg, *International Arbitration 2006: Back to Basics?,* ICCA Congress Series, Vol. 13, Kluwer Law International, 2007, p. 822.

el tribunal arbitral, pues han sido quienes han dedicado la mayor parte de su tiempo para estudiar el caso. Por ello, es recomendable que los asuntos del careo sean puestos por los litigantes, y no exclusivamente por el tribunal arbitral. Como señala Harbst, "existe el riesgo de que los árbitros mantengan el careo de testigos dentro de los límites de su comprensión personal del caso. Este entendimiento puede no llegar a las cuestiones cruciales en disputa"[20].

4. Las directrices para el careo de testigos y expertos en el arbitraje internacional

Hasta hace poco no existían lineamientos concretos que asistan a los litigantes y tribunales arbitrales en general para un adecuado uso del careo de testigos o expertos. Si bien existía un reconocimiento expreso de las Reglas IBA sobre Práctica de la Prueba para el careo de testigos y expertos, existían muy pocos instrumentos que expliquen su forma de uso en la práctica arbitral. Su conocimiento se limitaba tan solo a algunos litigantes y tribunales arbitrales sofisticados en los arbitrajes.

Por ello es bueno que el 29 de abril de 2019 el CIARB haya emitido las Directrices para el Careo de Testigos y Expertos en el Arbitraje Internacional. Dicho documento ofrece **(i)** una lista de asuntos que los árbitros y las partes deberán observar cuando convengan en llevar a cabo un careo de testigos o expertos y, en caso sea convenido, la forma que debe tomar el careo; **(ii)** unas '*directrices estándares*' con un marco aplicable de principios que se deberán aplicar en el careo de testigos o expertos; y, **(iii)** unas '*instrucciones específicas*' con los tres tipos de formas que puede tomar el careo de testigos o expertos. Adicionalmente, las Directrices contienen unas

20. R. Harbst, N. 5.

'*notas explicativas*' que brindan comentarios detallados sobre los elementos **(i)**, **(ii)** y **(iii)**.

El objetivo de las Directrices es asistir a los litigantes y tribunales arbitrales a diseñar un careo de testigos efectivo y eficiente. Si bien el método del careo de testigos se encuentra reconocido en algunos instrumentos de *soft law* aplicable para los arbitrajes internacionales, estas directrices son una de las primeras que describen de forma detallada las prácticas arbitrales estándares para un adecuado uso del careo de testigos o expertos. Las partes y tribunales arbitrales son libres de ajustar las Directrices a sus propias necesidades, por lo que se descarta que las Directrices sean rígidas en cuanto a su aplicación.

4.1. *Checklist*

En su primera sección, las Directrices contienen una lista con **(i)** los asuntos que deben ser tomados en cuenta por los actores del proceso arbitral para optar o no por un careo de testigos o expertos; y, **(ii)** en caso opten por el careo, la forma en la que debe ser organizado.

4.1.1. Asuntos a tomar en cuenta para optar por el careo

La lista contiene los siguientes asuntos que las partes deben observar para decidir si se opta o no por un careo de testigos:

(i) ***Prueba de hecho en conflicto de dos o más testigos que debe ser aclarada.*** Este supuesto es muy frecuente en los procesos arbitrales, pues es común que exista más de una versión de un hecho del caso que dependa exclusivamente de la palabra de los testigos. Sin pruebas documentales que acrediten de modo fehaciente un

hecho, el tribunal arbitral deberá confiar en las versiones de los testigos.

Si las versiones de los testigos son contradictorias, es altamente recomendable que el arbitraje opte por el careo de testigos. Como señalan las Notas Explicativas en relación a este escenario, "sus interacciones entre ellos [testigos], así como sus respuestas a las preguntas de los abogados o del tribunal, pueden proporcionar al tribunal una imagen más clara de lo que ocurrió, en vez de evaluar las respuestas dadas por los mismos testigos cuando son interrogados individualmente"[21]. La confrontación directa del careo de testigos permitirá al tribunal arbitral, de igual forma, determinar una imagen más clara y acotar los asuntos en controversia.

Como señalan las propias Notas Explicativas[22], es más fácil detectar si un testigo dice o no la verdad cuando declara en compañía de otro testigo, a comparación de si declara individualmente bajo el interrogatorio cruzado. Sachs & Schmidt-Ahrendts apuntan que "ser ubicado junto a sus pares puede obligar a los testigos o expertos a presentar sus opiniones de manera más independiente y objetiva"[23]. Cuando declare junto con otro testigo, este sabrá que, si no dice la verdad, el otro testigo lo podría corregir, lo cual restaría credibilidad a su declaración.

¿Pero por qué creer en la veracidad de la corrección del segundo testigo? Esta apreciación dependerá de cada caso en concreto. Por lo general, el tribunal arbitral debe permitir a los testigos o expertos que dialoguen entre sí y analizar si las correcciones realizadas guardan relación con las pruebas presentadas en el arbitraje y, por lo tanto, si resultan convincentes. Dependerá de **(i)** la coherencia

21. Notas Explicativas de las Directrices, Numeral 1(1), p. 13.
22. Notas Explicativas de las Directrices, Numeral 1(2), p. 13.
23. K. Sachs & N. Schmidt-Ahrendts, "Protocol on Expert Teaming: A New Approach to Expert Evidence", en A. Van Den Berg, *Arbitration Advocacy in Changing Times*, ICCA Congress Series, Vol. 15, Kluwer Law International, 2011, p. 143.

de las correcciones y su relación con las pruebas del arbitraje o **(ii)** la persuasión de la corrección de los testigos o expertos. Por ejemplo, si uno de los testigos o expertos corrija una declaración durante el careo, pero las pruebas contradicen frontalmente el contenido de su corrección, el tribunal arbitral deberá estar atento a no dejarse influir ni convencer por dicha corrección. Para ello, es vital estar frente a un tribunal arbitral informado de los hechos y las pruebas durante la audiencia. Incluso, ese riesgo de error puede reducirse si se permite a los abogados intervenir en una situación como la descrita, lo que incluso sería más útil si no se ha acordado llevar a cabo un interrogatorio cruzado con posterioridad al careo.

De hecho, luego del diálogo entre los testigos o expertos en el careo, resultaría útil que los abogados apunten a todas aquellas correcciones realizadas en las que crean que no se ha dicho la verdad, y las desacrediten a través del interrogatorio cruzado.

El careo de testigos reduce en cierta medida la conducta oportunista que puedan adoptar los testigos al no decir la verdad bajo un interrogatorio cruzado. Para optimizar este mecanismo resulta ideal que el careo de testigos sea organizado y moderado por el tribunal arbitral. Resulta vital que el careo no se convierta en una disputa personal entre los testigos, lo cual debe ser cumplido por el tribunal arbitral (de preferencia, el presidente).

(ii) ***Opinión en conflicto de dos o más expertos en una materia que debe ser aclarada.*** Así como el supuesto anterior, este también es muy frecuente en los procesos arbitrales. Si las opiniones de los expertos son contradictorias, es recomendable que el tribunal arbitral y los litigantes escuchen a los expertos refutarse entre sí y expongan sus argumentos. En este proceso de interacción, así como en el caso de los testigos, es perfectamente posible que los

expertos lleguen a acuerdos sobre algunos asuntos en discusión en el arbitraje, lo cual acotará las discusiones del arbitraje y enfocará en menos puntos los asuntos cruciales del arbitraje.

Como señalan las Notas Explicativas[24], el careo de expertos puede resultar más fructífero cuando los árbitros tengan experiencia en los asuntos a discutir. Por ejemplo, si los expertos llamados al careo son expertos en temas de construcción y los árbitros tienen amplia experiencia en temas de construcción, un careo entre los expertos que sea conducido y moderado por los árbitros con experiencia en el tema resultaría más fructífero que un interrogatorio cruzado.

(iii) ***Debate sobre la credibilidad de un testigo.*** Cuando la credibilidad de un experto sea puesta en discusión (falta de independencia, calificaciones o experiencia), generalmente el careo de expertos no aportará mayores luces para resolver dicho asunto. Carece de sentido que los expertos sean sometidos a un careo para confrontar entre sí sus credibilidades. Si ello fuese así, sería altamente probable que la discusión entre los expertos se convierta en un asunto personal para demostrar qué experto tiene mayores calificaciones, lo cual es uno de los puntos que debe ser evitado durante el careo.

No obstante, la credibilidad no es un obstáculo para que los expertos sean sometidos a careo. Frente a este escenario, las Notas Explicativas[25] recomiendan que en el careo de expertos se discutan los asuntos sustantivos de las pericias, mientras que los litigantes tendrán la oportunidad de realizar interrogatorios (bajo el interrogatorio cruzado clásico) para cuestionar la credibilidad del experto.

24. Notas Explicativas de las Directrices, Numeral 2(3), p. 15.
25. Notas Explicativas de las Directrices, Numeral 3(2), p. 15.

(iv) ***Relación de experiencia contrastante entre los testigos o expertos.*** Empecemos con el caso de los expertos. Es usual que algunos expertos tengan mayor experiencia que otros expertos. Esto depende de **(i)** la experiencia en el tema sustantivo o **(ii)** la experiencia en procesos arbitrales. La diferencia de experiencia podría verse reflejada durante el careo de expertos, pues el experto con mayor experiencia se sentirá más cómodo durante el careo y sentirá mayor autoridad que un experto con menos experiencia para exponer sus argumentos (incluso, imponerlos) y destacar en la audiencia. Puede que un experto gane más por su presencia que por sus argumentos en sí. Este riesgo podría reducirse en el interrogatorio cruzado, pues el experto con menos experiencia no se sentiría intimidado por el experto con mayor experiencia. De hecho, se sentiría más cómodo, pues sabe que tiene mayor conocimiento en el tema que el litigante que lo interrogará.

En caso haya una diferencia considerable en la experiencia de los expertos, es recomendable que los litigantes que tengan al experto con menos experiencia no opten por el careo. Por el contrario, el careo puede resultar más recomendable para los litigantes que tengan al experto con mayor experiencia.

Si las partes no se ponen de acuerdo frente a un escenario similar, el tribunal arbitral debería optar por el interrogatorio cruzado. Es altamente probable que el careo de expertos impacte en la declaración del experto con menos experiencia, incluso pese a que su solución técnica sea la más adecuada. Ello implicaría que exista una menor probabilidad de que la información por parte del experto con menos experiencia no le sea transferida de forma adecuada (es decir, no haya persuasión), pues podría sentirse intimidado por el experto con mayor experiencia. Por ello, el tribunal arbitral debería optar

por un interrogatorio que maximice la posibilidad de transferir dicha información, lo cual puede darse con mayor probabilidad en un interrogatorio cruzado frente a un escenario como este.

En el caso de los testigos este riesgo puede verse reducido. A diferencia de los expertos, los testigos narran sus versiones del caso sin que haya una disputa sobre cuál es la solución técnica más viable. No obstante, en caso se presenten los mismos problemas que en los expertos, creemos que la solución debe ser similar a la expuesta en el anterior párrafo.

(v) ***Antecedentes culturales contrastantes entre los testigos o expertos.*** Imaginemos que tenemos como expertos a dos personas (una de avanzada edad y otra joven) de dos culturas distintas, y en una de estas culturas es socialmente aceptado que las personas jóvenes no pueden contradecir públicamente a las personas de avanzada edad. En un careo de expertos, es probable que el experto joven no refute ni corrija la declaración del experto de avanzada edad por un asunto cultural (antes que por la evidencia técnica de su declaración).

Las Notas Explicativas recomiendan a los litigantes y tribunales arbitrales evaluar este aspecto y señalan que "el careo de testigos o expertos puede no ser siempre preferible donde exista tal diferencia cultural"[26]. Por ello, en caso se presenten diferencias culturales que puedan afectar la calidad de las declaraciones orales de los testigos o expertos, es recomendable que el tribunal arbitral no opte por el careo.

(vi) ***Los testigos han sido o no colegas.*** Cuando los testigos o expertos han sido colegas, las Notas Explicativas[27] recomiendan a los tribunales arbitrales evaluar cuáles

26. Notas Explicativas de las Directrices, Numeral 4(7), p. 17.
27. Notas Explicativas de las Directrices, Numeral 4(10), p. 17.

fueron sus cargos como colegas y si dicha relación podría afectar sus declaraciones durante la audiencia. Por ejemplo, si uno de los expertos ha sido superior directo del otro experto durante un largo periodo, existe la probabilidad de que el otro experto pueda verse influenciado y su declaración se vea afectada por este asunto. Por supuesto que este escenario dependerá de cada situación concreta, pues puede darse el caso de que la relación laboral anterior no influya en el contenido de las declaraciones (por el contrario, puede ocurrir de que esta relación pasada incentive a una mejor declaración del experto menor). Por ello, en caso una relación laboral anterior pueda influir en la calidad de las declaraciones, es recomendable que el tribunal arbitral por regla general no opte por el careo, aunque la decisión final dependerá del caso en concreto.

(vii) ***Amistad cercana o enemistad entre los testigos o expertos.*** Cuando los testigos o expertos se odian entre sí, es probable que el careo se convierta en una disputa personal e, incluso, sea imposible generar un diálogo o consenso. Incluso, si los testigos o expertos tienen una amistad cercana, es probable que no exista ninguna refutación o corrección durante el careo, lo cual aportaría poco al tribunal arbitral. Frente a estos escenarios, los árbitros deben ser cuidadosos y analizar cualquier tipo de relación personal existente entre los testigos y expertos con el objetivo de que el careo no pierda su propósito. Las Notas Explicativas recomiendan que el tribunal arbitral "debe permanecer atento a la posibilidad de que el careo haya dejado de ser un medio útil para analizar las pruebas y variar la forma del careo de alguna manera, o suspender o concluir el careo"[28].

28. Notas Explicativas de las Directrices, Numeral 4(13), p. 18.

(vii) ***Uno o más testigos o expertos deben presentar su declaración a través de una videoconferencia.*** En muchas ocasiones, es posible que los testigos y expertos no estén ubicados físicamente en la misma audiencia, lo cual motivará a que brinden sus declaraciones al tribunal arbitral y a los litigantes a través de una videoconferencia.

Esta opción se presentará con mayor frecuencia en la actualidad, a raíz del contexto actual del COVID-19. La pandemia, y las medidas de aislamiento obligatorio, han ocasionado que las audiencias sean actualmente, en su gran mayoría, virtuales. ¿Qué impacto puede tener este contexto en la eficiencia del careo de testigos y expertos?

La declaración por videoconferencia reduce, en cierta medida, una de las principales ventajas del careo, que es la refutación y corrección directa entre testigos y expertos que se sientan lado a lado durante la audiencia. No obstante, consideramos que esta contingencia puede verse reducida con **(i)** una adecuada conexión y señal de internet de las partes, lo que reducirá interferencias durante la audiencia; y, **(ii)** medidas que puede adoptar el tribunal arbitral, para impedir que los abogados o las mismas partes presten asistencia, a los testigos y expertos durante la audiencia, en sus declaraciones orales.

Por ello, en caso una declaración se deba llevar a cabo a través de una videoconferencia, consideramos que es perfectamente posible que se lleve a cabo un careo de testigos y expertos.

4.1.2. La forma de organización del careo

Una vez que los litigantes y el tribunal arbitral han evaluado los anteriores asuntos, y hayan optado por el careo de testigos y expertos, la lista recomienda tomar en cuenta las siguientes formas para llevar a cabo el careo:

(i) ***Número de careos en función a los temas o números de testigos o expertos.*** En arbitrajes complejos que involucran varios asuntos en discusión, es recomendable optar por varios careos. En principio, es recomendable que un careo sea dedicado para examinar a los testigos, mientras que otro careo sea dedicado para examinar a los peritos. Pero, incluso, para el caso individual de los testigos o peritos, es posible dividir varios careos en función a los temas en discusión.

Por ejemplo, es posible que en un caso se ofrezcan varios testigos, entre los cuales algunos hayan declarado sobre una sección del proyecto de obra sometido a arbitraje por retrasos, mientras que el resto de testigos haya declarado sobre la etapa en que las partes negociaron el trato directo previo al arbitraje. Frente a estos casos, es recomendable que se celebren dos careos en los que se discutan los temas por separado. Como señalan las Notas Explicativas, "este enfoque puede ser atractivo en asuntos con grandes cantidades de pruebas documentales y periciales"[29]. La misma lógica es aplicable para el caso de los expertos.

(ii) ***Declaraciones conjuntas de testigos o expertos.*** Empecemos por los expertos. En caso los litigantes ofrezcan dos reportes de expertos con conclusiones distintas, en algunos casos los expertos presentarán al tribunal arbitral (antes de la audiencia) un reporte de experto conjunto en el que se detallarán los asuntos en los que los expertos están de acuerdo. Dicha dinámica permitirá al tribunal arbitral y a los litigantes ordenar los temas de la audiencia y maximizar el careo de expertos.

En todo caso, el tribunal arbitral tiene la facultad para ordenar a los expertos emitir un reporte de experto conjunto en los que detalle los acuerdos y desacuerdos. El artículo 5(4) de las Reglas IBA sobre Práctica de

29. Notas Explicativas de las Directrices, Numeral 5(3), p. 18.

la Prueba[30] y el artículo 6(7) de las Reglas de Praga[31] reconocen expresamente dicha posibilidad.

En cualquiera de los escenarios descritos (reporte de experto conjunto), no habrá la necesidad de que durante el careo el tribunal arbitral ordene a los expertos declarar los asuntos en los que estén de acuerdo y en desacuerdo. Con un reporte de experto conjunto, en la audiencia el tribunal arbitral solo incidirá en los asuntos en los que los expertos estén en desacuerdo y profundizar en sus argumentos. Dicha mecánica reducirá el tiempo de los careos e incidirá en los asuntos más cruciales del arbitraje en los que haya desacuerdo.

En el caso de los testigos, no es usual que se redacten declaraciones testimoniales conjuntas bajo el mismo formato descrito. No obstante, nada impide a los tribunales arbitrales a ordenar a los testigos redactar una declaración testimonial conjunta en los que describan los asuntos en los que están de acuerdo y en desacuerdo. De igual forma, la mecánica descrita reducirá el tiempo de los careos e incidirá igualmente en los asuntos más cruciales del arbitraje en los que haya desacuerdo.

(iii) ***Cronología de hechos del caso.*** Si los testigos o expertos presentan una cronología de los hechos en disputa antes de la audiencia, resultaría muy útil para la organización del careo. El tribunal arbitral y los litigantes tendrían

30. Reglas IBA (International Bar Association) sobre Práctica de la Prueba (2010), Artículo 5(4). "El Tribunal Arbitral podrá, a su discreción, ordenar que los Peritos Designados por las Partes que vayan a presentar o que hayan presentado Dictámenes Periciales sobre los mismos asuntos o sobre asuntos conexos, se reúnan y deliberen acerca de tales asuntos. En dicha reunión, los Peritos Designados por las Partes deberán tratar de llegar a un acuerdo sobre los asuntos a que se refieren sus Dictámenes Periciales y harán constar por escrito aquellos puntos sobre los que lleguen a un acuerdo, así como aquellos otros sobre los que exista desacuerdo y las razones de ello.".
31. Reglas Sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional, Reglas de Praga (2018), Artículo 6(7). "Oídas las partes, el tribunal arbitral podrá instruir al perito nombrado por una parte y/o a los nombrados por el tribunal arbitral –si los hubiere– para celebrar una reunión y emitir un dictamen pericial conjunto en el que proporcionen al tribunal arbitral: a. una lista de las cuestiones en las que los peritos coincidan en su criterio; b. una lista de las cuestiones sobre las que los peritos discrepen; y c. de resultar procedente, los motivos de las discrepancias de los peritos.".

mayores facilidades para detectar, especialmente en el caso de los testigos, qué hechos están en disputa y cuáles no, los que serían sometidos a careo durante el interrogatorio. Esta herramienta suele ser muy útil, en casos complejos que involucren asuntos técnicos.

(iv) ***Distribución del tiempo para los testigos y expertos.*** Para organizar de forma adecuada una audiencia que involucre careos, el tribunal arbitral debe distribuir de forma adecuada los tiempos de los careos. Las Notas Explicativas[32] señalan que la distribución del tiempo depende de varios factores, entre los que se encuentran el número de testigos o expertos, los asuntos en los que hay acuerdo o desacuerdo entre los testigos o expertos, la conducción del careo (el tribunal, los litigantes, los testigos o expertos o de forma mezclada), entre otros.

(v) ***Uso de presentaciones o demostrables.*** Para una mejor ilustración de los asuntos en disputa, el tribunal arbitral puede ordenar a los testigos o expertos que realicen presentaciones o demostrables durante el careo. Como señalan las Notas Explicativas, este tipo de presentaciones pueden ser útiles "cuando los asuntos en disputa son técnicos o complejos, o hay aspectos de la evidencia que son más fáciles de visualizar con diagramas, animaciones o modelos"[33]. Por ejemplo, en los arbitrajes internacionales de construcción sofisticados los expertos y litigantes suelen emplear los Modelados de Información de Construcción (*Building Information Modeling* o BIM), los cuales son modelos de generación de información de ingeniería para demostrar el ciclo de vida de cualquier edificación. El BIM, por ejemplo, puede mostrar un modelo 4D de una comparación de la secuencia de construcción planificada contra la secuencia

32. Notas Explicativas de las Directrices, Numeral 8(1), p. 20.
33. Notas Explicativas de las Directrices, Numeral 9(1), p. 21.

de construcción real a lo largo del tiempo[34]. En ese caso, El BIM puede ilustrar de modo gráfico un proyecto de infraestructura que nunca se culminó y clarificar los asuntos en disputa que serán sometidos al careo.

(vi) ***Distinto idiomas entre los testigos o expertos.*** En algunos casos suelen presentarse testigos o expertos que tienen idiomas distintos y que no sea el mismo al idioma del arbitraje. Por ejemplo, en un arbitraje internacional con partes domiciliadas en distintos países, es posible que los peritos o los testigos sean personas extranjeras que no compartan un mismo idioma. Dicho factor debe ser evaluado por el tribunal arbitral para determinar si lleva a cabo o no el careo, pues podría ser un impedimento para que los testigos o expertos se confronten directamente y efectúen correcciones durante el careo.

Las Notas Explicativas sugieren que, en caso el tribunal arbitral opte por el careo ante un escenario similar, debe dar instrucciones a un intérprete calificado y experimentado "para que proporcione interpretación simultánea o consecutiva de las preguntas y respuestas del testigo"[35]. En dichos casos, las partes deberán asumir que el careo será menos dinámico y confrontacional. No obstante, los intérpretes podrán asistir a que la discusión sea fluida y el careo no pierda dinámica.

(viii) ***Lugar de la audiencia para el careo.*** Para llevar a cabo el careo, el tribunal arbitral deberá asegurarse de que haya un espacio suficiente para que los testigos o expertos se sienten de forma cómoda y junta en la sala de la audiencia, en caso la audiencia no sea virtual. En tanto el careo podría implicar que, por ejemplo, cuatro testigos se sienten juntos para ser sometidos al careo, el tribunal

34. J. Jenkins, *International Construction Arbitration Law*, 2da. Ed., Kluwer Law International, 2013, p. 210.
35. Notas Explicativas de las Directrices, Numeral 11(1), p. 22.

arbitral y el centro arbitral deberán acomodarse a un espacio que pueda ser cómodo para los partícipes de la audiencia.

(vii) ***Estenografía y registro del careo.*** Para registrar adecuadamente el careo, las partes y el tribunal arbitral deben asegurarse de contar con los equipos necesarios. Una posibilidad es contar con un estenógrafo que transcriba las declaraciones simultáneas de todos los testigos o expertos durante el careo. De igual forma, en caso surja algún inconveniente, las partes deberán asegurarse de registrar el careo a través de una grabación (de preferencia, en video) para que puedan añadir cualquier asunto que sea necesario a la transcripción de la audiencia, lo cual puede ser menos costoso.

4.2. Directrices Estándares

En base a los asuntos que deberán ser tomados en cuenta por los tribunales arbitrales y litigantes para optar por el careo, las Directrices contienen unas Directrices Estándares con un marco procedimental que puede ser adoptado por los tribunales arbitrales para organizar la audiencia a través de una orden procesal. Los principales puntos abordados en las Directrices Estándares son los siguientes:

(i) ***Es posible que algunos testigos o expertos sean sometidos a careo y otros testigos o expertos sean sometidos al interrogatorio cruzado.*** La forma en que se llevará a cabo el interrogatorio de los testigos o expertos depende de las partes y el tribunal arbitral. Por ello, es perfectamente posible que los interrogatorios combinen el careo y el interrogatorio cruzado para los mismos testigos o de forma separada entre varios testigos. El numeral 1 de las Directrices Estándares reconocen esta posibilidad, indicando que antes de

la audiencia el tribunal arbitral fijará qué testigos o expertos y qué asuntos serán sometidos a careo[36].

(ii) ***Los testigos o expertos deberán preparar una declaración conjunta***. Previo a la audiencia, los testigos o expertos que sean sometidos al careo deberán preparar una declaración conjunta que contenga **(i)** los asuntos en los que están de acuerdo; **(ii)** los asuntos en los que están en desacuerdo; y, **(iii)** un resumen de las opiniones que sustentan el desacuerdo. Este ejercicio permitirá a los abogados y al tribunal arbitral acotar las discusiones del arbitraje, enfocar en menos puntos los asuntos cruciales del arbitraje y no desperdiciar el tiempo en asuntos en los que los testigos o expertos se encuentren de acuerdo.

(iii) ***Cualquier material de presentación o demostrable a ser usado por los testigos o expertos debe ser presentado antes de la audiencia.*** El numeral 5 de las Directrices Estándares sugiere que las presentaciones o demostrables (como el caso del BIM) debe ser presentado al tribunal arbitral y a los litigantes antes del careo. Creemos que esta regla ha sido propuesta para evitar cualquier discusión de *sandbagging*[37] durante el arbitraje y asegurar que las partes tengan pleno conocimiento de todo el material que será ofrecido durante la audiencia. En tanto las presentaciones o demostrables podrían ser considerados como nuevos medios de prueba del arbitraje, es recomendable que los tribunales arbitrales ordenen a los testigos o expertos indicar sus presentaciones a las partes y al tribunal arbitral antes del careo y evitar cualquier discusión.

36. Directrices Estándares de las Directrices, Numeral 1, p. 8. "*The tribunal in consultation with the parties shall determine which witnesses will give concurrent oral evidence and on what issues. The witnesses shall give evidence on such issues in such conference or conferences at such date and time as the tribunal directs*.".

37. Por "*sandbagging*" se define a la conducta de esperar hasta último minuto para presentar pruebas o argumentos en un arbitraje. Esto suele ocurrir, por ejemplo, cuando las partes presentan una nueva prueba durante la audiencia, lo cual impidió a la otra parte revisar con cuidado la prueba y analizarla para sustentar su posición en el arbitraje.

(iv) ***Los testigos o expertos pueden volver a ser sometidos a careos.*** El numeral 6 de las Directrices Estándares establece que un testigo o experto puede volver a ser llamado para ser sometido a careo. Es posible que, durante la audiencia, el tribunal arbitral note que algunos testigos o expertos deben ser sometidos a careos pues tienen opiniones contradictorias sobre un asunto. Esta facultad permitirá al tribunal arbitral volver a llamar a los testigos o expertos que han sido interrogados para que sean sometidos nuevamente a careos.

4.3. Instrucciones específicas

Finalmente, las Directrices proporcionan tres tipos de careos que deben ser tomados en cuenta por los tribunales arbitrales y litigantes:

(i) ***Opción A – Careo dirigido por el tribunal arbitral.*** Este careo tiene una raíz más inquisitoria, pues los tribunales arbitrales dirigen la discusión del interrogatorio. Como señalan las Notas Explicativas[38], en este tipo de careo el rol de los litigantes para examinar al testigo o perito es más acotado, a diferencia del interrogatorio cruzado. La organización recomendada por las Directrices en este tipo careo es principalmente:

(a) **El secuestro de los testigos o expertos.** Por regla general, el careo de testigos o expertos evita el riesgo de que se acomoden las declaraciones pues la declaración en la audiencia es conjunta. No obstante, en caso se den varios careos de varios testigos o expertos durante la audiencia, puede ser recomendable optar por el secuestro.

38. Notas Explicativas de las Directrices, Numeral A0(1), p. 28.

Esto puede ocurrir cuando se lleven a cabo varios careos de testigos que se encuentren vinculados por los asuntos a discutir. En estos escenarios, es recomendable que los testigos, que hablen en segunda oportunidad, no presencien las anteriores declaraciones testimoniales.

(b) Cada testigo o experto brindará su declaración. El inicio del careo se dará con la presentación oral de cada testigo o experto de su declaración y posición dentro de los tiempos fijados por el tribunal arbitral. Esta mecánica resulta más útil para el caso de los expertos, quienes ofrecen sus opiniones sobre un asunto en particular, pues no es usual que los testigos reiteren su declaración durante la audiencia.

En caso los testigos o expertos hayan redactado una declaración conjunta que contenga los asuntos en los que están de acuerdo y desacuerdo, es preferible que los testigos o expertos solo presenten sus posiciones que sustenten los asuntos en desacuerdo. Sería reiterativo que los testigos o expertos, incluso, presenten sus posiciones que sustenten los asuntos en los que haya acuerdo.

Las Notas Explicativas[39] recomiendan varias opciones para esta etapa inicial. Es posible, por ejemplo, que el tribunal arbitral ordene que los testigos o expertos presenten sus posiciones de forma separada o conjunta, presenten sus posiciones sobre los asuntos en desacuerdo de forma separada y presenten sus posiciones sobre los asuntos en desacuerdo de forma conjunta. El diseño de los careos depende del gusto de las partes y la decisión del tribunal arbitral.

39. Notas Explicativas de las Directrices, Numeral A4(2), p. 29.

(c) Las declaraciones sobre los asuntos en desacuerdo. Tras presentar sus posiciones, los testigos o expertos serán interrogados por el tribunal arbitral sobre los asuntos en los que están en desacuerdo, quienes explicarán las razones por las que se encuentran en desacuerdo. Esto no impide que los tribunales arbitrales efectúen cualquier otra pregunta que estimen conveniente.

En este hito, el tribunal arbitral le dará a cada testigo o experto la oportunidad de poder refutar o contradecir inmediatamente la declaración del otro testigo o experto. Incluso, como expusimos antes, es posible que los testigos o expertos dialoguen entre sí con la finalidad de exponer sus puntos de desacuerdo. La posición del tribunal arbitral es vital para garantizar que el diálogo y las refutaciones directas entre los testigos o expertos se lleven a cabo de forma ordenada.

(d) Interrogatorios de los abogados. Luego del careo, los abogados tendrán la oportunidad de interrogar a los testigos o expertos, sea bajo el método clásico de interrogatorio cruzado o el que estimen conveniente. En este punto, los litigantes podrán incluso formular preguntas a los testigos y expertos de la otra parte, dándole a su testigo o experto la oportunidad de poder responder esa pregunta. Si bien el método de interrogatorio podría ser el cruzado, todos los testigos o expertos tendrán la oportunidad de responder conjuntamente las preguntas elaboradas por los litigantes.

(ii) ***Opción B – Careo dirigido por los testigos o expertos.*** Este careo es particular, pues los testigos o expertos dirigen la discusión del careo. Si bien el tribunal arbitral intervendrá para mantener el orden, la agenda de asuntos a discutir

será propuesta por los propios peritos o expertos. La organización recomendada por las Directrices en este tipo careo es principalmente:

(a) El secuestro de los testigos o expertos. El razonamiento es similar a la opción A, por lo que es recomendable que se dé el secuestro de testigos o expertos si es que se llevan a cabo varios careos con asuntos en discusión vinculados.

(b) Las declaraciones sobre los asuntos en desacuerdo. Luego de exponer sus posiciones (en caso lo hayan optado), los testigos o expertos deberán exponer los asuntos en los que estén en desacuerdo y las razones que sustentan sus posiciones. A diferencia de la opción A, en este careo los asuntos en discusión son propuestos y dirigidos por los propios peritos o expertos. La finalidad es que se genere un diálogo entre los peritos y expertos y discutan, frente al tribunal arbitral y los litigantes, los asuntos cruciales del arbitraje.

Si bien el careo es dirigido por los propios testigos o expertos, el tribunal arbitral deberá "monitorear el progreso del careo para asegurar que todos los testigos o expertos tengan la oportunidad de presentar sus posiciones y explicar por qué no se debe aceptar la evidencia de los otros testigos o expertos"[40]. El tribunal arbitral mantendrá su facultad discrecional de dirigir el proceso arbitral de forma equitativa entre las partes.

(c) Interrogatorio del tribunal arbitral y los litigantes. Tras el careo, el tribunal arbitral y los litigantes tendrán la oportunidad de realizar las preguntas que estimen convenientes a los testigos o expertos.

40. Notas Explicativas de las Directrices, Numeral B4(4), p. 34.

Así como en la opción A, los litigantes tendrán la oportunidad de interrogar a los testigos o expertos, sea bajo el método clásico de interrogatorio cruzado o el que estimen conveniente.

(iii) ***Opción C – Careo dirigido por los litigantes.*** Este careo es el más parecido al clásico interrogatorio cruzado, pues los litigantes dirigen y controlan las discusiones del careo y realizan preguntas a los testigos o expertos. No obstante, a diferencia del aspecto individual del interrogatorio cruzado, en este careo las preguntas realizadas por los litigantes pueden ser respondidas por cualquier testigo o experto. La organización recomendada por las Directrices en este tipo careo es principalmente:

(a) **El secuestro de los testigos o expertos.** El razonamiento es similar a las opciones anteriores, por lo que es recomendable que se dé el secuestro de testigos o expertos si es que se llevan a cabo varios careos con asuntos en discusión vinculados.

(b) **Interrogatorio de los litigantes.** Luego de exponer sus posiciones (en caso lo hayan optado), los litigantes podrán interrogar a los testigos o expertos. Incluso, como señalan las Notas Explicativas[41], los litigantes podrán invitar al resto de testigos y expertos a responder cualquier pregunta realizada durante el interrogatorio. Este mecanismo permitirá que, así como en el resto de careos, se genere un diálogo entre los testigos y expertos y que haya una confrontación directa e inmediata sobre las afirmaciones realizadas. De igual forma, el tribunal arbitral podrá realizar las preguntas que estime convenientes.

41. Notas Explicativas de las Directrices, Numeral C(5), p. 36.

5. Conclusiones

El careo es una herramienta muy eficaz para tratar de llegar a la verdad de los hechos. Implica confrontar directamente y de modo conjunto a los testigos o expertos de un mismo asunto, determinar de una manera más rápida los temas en los que están de acuerdo, realizar un interrogatorio cruzado únicamente en los asuntos en los que están en desacuerdo y, en algunos casos, reducir los costos y tiempo de la audiencia.

Si bien ha tenido cierto desarrollo e impacto en los arbitrajes internacionales, esta práctica tiene aún poca presencia en los arbitrajes domésticos. Por ello la iniciativa del CIARB de publicar y recopilar las principales prácticas arbitrales para la organización del careo de testigos y expertos, resulta útil para poner en manos de los árbitros y litigantes una herramienta adicional para llegar a la verdad de los hechos.

La acción de protección contra decisiones emanadas dentro de procesos arbitrales

*Verónica Rodríguez Barco**

Recibido/Received: 01/08/2020
Aceptado/Accepted: 29/09/2020

Sumario: 1. Introducción. **2.** ¿Cuál es el objeto de la acción de protección? **3.** ¿Los actos jurisdiccionales pueden ser impugnados vía acción de protección? **4.** Naturaleza de las decisiones expedidas por los árbitros. **5.** Naturaleza de las decisiones de los directores de los centros de arbitraje. **6.** Evidencia de casos en la justicia constitucional ordinaria. **6.1.** Acción de protección contra laudo arbitral y auto en fase de ejecución de laudo. **6.2.** Acción de protección contra laudo arbitral. **6.3.** Acción de protección contra providencia del tribunal arbitral. **6.4.** Acción de protección contra auto de calificación de la demanda de la directora del centro de arbitraje. **7.** Conclusión.

Resumen: Este artículo pretende exponer algunas nociones conceptuales y jurisprudenciales alrededor de una realidad jurídica vigente. Esto es, la indebida interferencia de la justicia constitucional –a través de la acción de protección–, en el arbitraje. Para dicho propósito, se abordarán temas relacionados a la naturaleza de las decisiones arbitrales y de las garantías jurisdiccionales.

Palabras Clave: arbitraje institucional, justicia constitucional, jurisdicción, garantías jurisdiccionales.

---

* Asesora de la Corte Constitucional del Ecuador. Máster en Ciencias Jurídicas Avanzadas por la Universidad Pompeu Fabra. Abogada por la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Correo electrónico: vrodriguezbarco@gmail.com

V. Rodríguez Barco, "La acción de protección contra decisiones emanadas dentro de procesos arbitrales", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 11, 2020, pp. 583-600.

ISSN: 2600-5611 / e-ISSN: 2600-562X
DOI: 10.36649/rea1119

The constitutional protection against the decisions within arbitration proceedings

Abstract: This article aims to expose some conceptual and jurisprudential notions around a current legal reality. The paper addresses the undue interference of the constitutional justice in the arbitration. For this purpose, issues related to the nature of arbitration decisions and jurisdictional guarantees will be addressed.

Keywords: institutional arbitration, constitutional justice, jurisdiction, jurisdictional guarantees.

1. Introducción

Es intención de este artículo dimensionar el uso que se le ha dado a la acción de protección para la impugnación de decisiones emanadas dentro de procesos arbitrales.

La vigencia de este tema trasciende a la actualidad en virtud de las implicaciones procesales que se han evidenciado en el marco de la interacción entre la justicia constitucional y arbitral, así como las repercusiones que representa esta práctica, tanto para la eficacia de la garantía jurisdiccional en cuestión, como para el arbitraje en sí mismo.

Es preciso mencionar que la activación del engranaje judicial para la resolución de acciones en las que los peticionarios inobservan la naturaleza de las instituciones jurídicas, es uno de los males estructurales que genera la sobrecarga procesal de los despachos judiciales. De ahí que abordar temas como: **(i)** el objeto de la acción de protección; **(ii)** la naturaleza de las decisiones de los árbitros y de los centros de arbitraje; así como, **(iii)** las líneas jurisprudenciales actuales

sobre los límites materiales de las garantías jurisdiccionales, no son un tema menor y lo revisaremos a continuación.

2. ¿Cuál es el objeto de la acción de protección?

La Carta Magna establece que la acción de protección tendrá lugar para el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución[1]. Dicho enunciado ha sido acentuado por la Corte Constitucional del Ecuador al determinar que la competencia de los jueces cuando conocen de una acción de protección no se determina por la naturaleza jurídica del acto, sino en el fundamento de la demanda y que este se circunscriba a la existencia de una vulneración de derechos constitucionales[2].

Es decir, por regla general, la competencia de los jueces constitucionales en cuyo conocimiento se encuentra una acción de protección, no se fundamenta en el acto impugnado sino en la posibilidad de amparar de forma directa y eficaz los derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos ante la alegación de que alguno de estos han sido vulnerados.

Ahora bien, esto no significa que la naturaleza del acto impugnado pase a segundo plano en todos los casos, o que la demanda *per se* deba ser declarada procedente; pues para el propósito de que los jueces puedan resolver sobre la existencia o no de violación de derechos constitucionales, deben asimismo examinar si la demanda se encuentra incursa o no en las causales de improcedencia establecidas en el artículo

1. Constitución de la República del Ecuador, Artículo 88, RO No. 449, 20/10/2008.
2. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 307-10-EP/19, Caso No. 307-10-EP, 09/07/2019; Sentencia No. 2152-11-EP/19, Caso No. 2152-11-EP, 10/09/2019; Sentencia No. 739-13-EP/19, Caso No. 739-13-EP, 16/10/2019; Sentencia No. 1754-13-EP/19, Caso No. 1754-13-EP, 19/11/2019.

42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional[3].

3. ¿Los actos jurisdiccionales pueden ser impugnados vía acción de protección?

La respuesta a esta interrogante está dada por disposición constitucional; misma que prescribe que la acción de protección es una garantía jurisdiccional destinada a garantizar los derechos constitucionales frente a los actos u omisiones provenientes, entre otros, de "autoridades no judiciales"[4]. Esto es concordante con lo dispuesto en el número 6 del artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que impide que la acción de protección de derechos se deduzca contra providencias judiciales.

El mentado artículo ha sido interpretado mediante Sentencia No. 102-13-SEP-CC[5] de la Corte Constitucional del Ecuador, en el sentido de que, la causal que impide que el acto impugnado se trate de una providencia judicial corresponde a una causal de inadmisión y no de improcedencia. Razón por la que puede ser constatada desde el momento procesal de la calificación de la demanda, y no necesita atravesar la etapa probatoria ni llegar hasta sentencia para su verificación.

En lo que incumbe a la intención de este artículo, se revisará cuál es el alcance de la mencionada causal, a efectos de analizar si las decisiones expedidas por autoridades arbitrales se encasillan o no en ella.

En esa línea, y específicamente en lo concerniente a la naturaleza no judicial del acto impugnado, la Corte

3. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Artículo 42, RO(S) No. 52, 22/10/2009.
4. Constitución de la República del Ecuador, N. 1, Artículo 88.
5. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 102-13-SEP-CC, Caso No. 0380-10-EP, 04/12/2013.

Constitucional del Ecuador ha determinado que las decisiones en las que se ha inobservado la obligatoriedad de inadmitir acciones de protección presentadas en contra de decisiones de carácter judicial, devienen en la categoría de inejecutables por contravenir expresa y manifiestamente el ordenamiento jurídico y desnaturalizar las garantías jurisdiccionales.

Es decir, que su ejecución no podría prosperar ni mediante acción de incumplimiento[6] ante la Corte Constitucional, a saber:

> [e]ste defecto, que en el presente caso se mantiene a lo largo del proceso de la garantía jurisdiccional, implica que la decisión mediante la cual se resolvió el caso, no reúne las condiciones para ser considerada como una sentencia en sentido formal pues el Tribunal de Apelación inobservó las normas procedimentales de competencia en razón de la materia al momento de emitir su decisión; y como consecuencia de ello, contravino el ordenamiento constitucional y legal, desnaturalizó la garantía jurisdiccional, y afectó derechos constitucionales. En tal sentido, la decisión cuyo incumplimiento se alega mediante esta acción, adolece de un defecto procedimental de origen insubsanable, que en virtud de su gravedad, hace que la misma sea incompatible con los preceptos constitucionales e inejecutable en el marco de lo previsto por el ordenamiento jurídico[7].

Bajo ese contexto, la misma sentencia ratificó la línea jurisprudencial establecida por la Corte Constitucional del Ecuador, respecto de que "no es posible ejecutar decisiones que contravienen expresa y manifiestamente el ordenamiento jurídico y que desnaturalizan las garantías jurisdiccionales, generando una categoría de decisiones inejecutables"[8].

---

6. "Las juezas y jueces tienen la obligación de ejecutar las sentencias en materia constitucional que hayan dictado. Subsidiariamente, en caso de inejecución o defectuosa ejecución, se ejercitará la acción de incumplimiento ante la Corte Constitucional". Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, N. 3, Artículo 163.
7. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 86-11-IS/19, Caso No. 86-11-IS, 16/07/2019.
8. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 002-15-SIS-CC, Caso No. 0068-12-IS, 21/01/2015; Sentencia No. 032-17- SIS-CC, Caso No. 0106-11-IS, 2/08/2017; Sentencia No. 038-17-SIS-CC, Caso No. 0020-13-IS, 23/08/2017.

Otro caso de la misma línea es el No. 304-13-EP/20 del 15 de enero de 2020 en el que la Corte Constitucional del Ecuador declaró vulnerados los derechos constitucionales a la seguridad jurídica y al debido proceso en la garantía de la motivación, al evidenciar que los jueces de segunda instancia aceptaron una acción de protección, pese a haber sido propuesta en contra de un auto de avoco de conocimiento –que habilitaba el inicio del procedimiento de solución de conflicto colectivo de trabajo ante el tribunal de conciliación de trabajo–[9]. Es decir, contra un acto jurisdiccional que no puede ser objeto de impugnación vía acción de protección.

Si bien en el caso anterior se analiza una decisión proveniente de un procedimiento de resolución de conflictos distinto del que enfoca este artículo, la línea argumentativa utilizada en él, permite realizar una interpretación análoga en la materia que nos ocupa.

Así, es preciso enfatizar la premisa de que nuestro ordenamiento jurídico vigente reconoce a la acción de protección como una garantía jurisdiccional cuyo objeto se delimita al amparo directo y eficaz de los derechos constitucionales frente a los actos u omisiones provenientes, entre otros, de autoridades no judiciales, y que esto último, corresponde a un criterio de admisibilidad susceptible de ser examinado en la primera fase del procedimiento. Es decir, los jueces constitucionales ordinarios tienen el deber de inadmitir a trámite la demanda de acción de protección por haber sido planteada en contra de un acto de carácter jurisdiccional, desde el acto de calificación de la demanda.

9. Primera Sala de lo Laboral, de la Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Guayas, Caso No. 2012-1685, 23/09/2014.

4. Naturaleza de las decisiones expedidas por los árbitros

A partir de la teoría jurisdiccional del arbitraje, se considera que este mecanismo de solución de conflictos es una concesión que realiza el Estado a través de las normas de carácter constitucional o legal, en las que se faculta el control judicial del arbitraje[10].

Sobre este respecto, la Corte Constitucional del Ecuador ha señalado que el sistema arbitral no está exento del control judicial –vía acción de nulidad del laudo arbitral– y del control constitucional –vía acción extraordinaria de protección–. Así, dicho organismo ha reiterado que los árbitros están obligados a observar y hacer respetar los derechos y garantías constitucionales durante todas las fases del procedimiento arbitral. Esto es, a lo largo del proceso y en sus laudos. *Conrario sensu,* sus decisiones pueden ser revisadas a través de los controles judiciales y constitucionales antes mencionados[11].

A rango constitucional, el artículo 190 de la Constitución establece: "[s]e reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir"[12].

Bajo el régimen jurídico ecuatoriano se ha declarado que el arbitraje es un servicio público, a saber:

> [l]a administración de justicia por la Función Judicial es un servicio público, básico y fundamental del Estado, por el cual coadyuva a que se cumpla el deber de respetar y hacer respetar los derechos garantizados por la Constitución, los instrumentos

10. T. Nuques, *Jurisdicción y arbitraje: análisis crítico comparativo en los ordenamientos jurídicos ecuatoriano y español,* <https://bit.ly/3koQUtY> (10/07/2020).
11. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 323-13-EP/19, Caso No. 323-13-EP, 19/11/2019.
12. Constitución de la República del Ecuador, N. 1, Artículo 190.

> internacionales de derechos humanos vigentes y las leyes. El arbitraje, la mediación y otros medios alternativos de solución de conflictos establecidos por la ley, constituyen una forma de este servicio público, al igual que las funciones de justicia que en los pueblos indígenas ejercen sus autoridades[13].

En el mismo cuerpo normativo, se ha señalado que "[l]os árbitros ejercerán funciones jurisdiccionales, de conformidad con la Constitución y la ley"[14].

En la más reciente jurisprudencia ecuatoriana se ha ratificado la naturaleza jurisdiccional de actuación de los árbitros, de ahí que la Corte Constitucional, bajo el presupuesto de que son jurisdiccionales, ha establecido incluso que son decisiones susceptibles de acción extraordinaria de protección en caso de que vulneren derechos constitucionales[15].

En esa línea de ideas, y en atención a la causal de inadmisión de la acción de protección revisada en la sección precedente, es congruente concluir que en virtud del carácter jurisdiccional de las decisiones emanadas por los árbitros o tribunales de arbitraje, estas no pueden ser impugnadas mediante acción de protección; y así lo ha resuelto la Corte Constitucional del Ecuador en su reciente Sentencia No. 308-14-EP/20, a saber:

> […] esta Corte no puede dejar de mencionar que no cabe desnaturalizar la acción de protección pretendiendo utilizarla para atacar decisiones emanadas por los árbitros o tribunales de arbitraje, dado que ello configura una trasgresión al ordenamiento jurídico que expresamente prevé que la acción de protección es inadmisible cuando se presenta en contra de decisiones de carácter jurisdiccional. De lo contrario, la justicia constitucional se interrelaciona indebidamente con el sistema arbitral, como ha sucedido en este caso, trastocando el principio de intervención judicial mínima que garantiza la eficacia del arbitraje[16].

---

13. Código Orgánico de la Función Judicial, Artículo 17, RO(S) No. 544, 09/03/2009.
14. Ídem, Artículo 7.
15. Corte Constitucional del Ecuador, N. 11.
16. Corte Constituccional del Ecuador, Sentencia No. 308-14-EP/20, Caso No. 308-14-EP, 19/08/2020.

Es decir, ante el escenario de que se impugne una decisión expedida por árbitros, los jueces constitucionales tienen el deber de inadmitirlas a trámite en el primer acto de calificación de la demanda, por configurarse el presupuesto del número 6 del artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional[17]. Así como en observancia de lo prescrito en el artículo 88 de la Constitución[18] y en el precedente jurisprudencial establecido mediante sentencia de la Corte Constitucional No. 102-13-SEP-CC[19].

5. Naturaleza de las decisiones de los directores de los centros de arbitraje

La fase inicial de un arbitraje institucional se encuentra a cargo de la directora o director de los centros de arbitraje (directores)[20]. En esta primera etapa, los directores tienen la labor de calificar la demanda y admitirla al trámite conforme los requisitos de la ley procesal aplicable; ordenar la citación al demandado a través de los medios legales permitidos; dar trámite y resolver las solicitudes de recusación de los árbitros; convocar a las partes a audiencia de mediación; participar en la conformación del tribunal arbitral a través del sorteo de árbitros respectivo, o en sujeción de la reglas pactadas por las partes; dar trámite y admitir los desistimientos presentados en la fase previa a la conformación del tribunal; entre otras actuaciones de carácter procesal.

La naturaleza de dichos actos ha sido materia de un debate polarizado entre dos posturas enfrentadas. Por un lado existe el criterio de que la actividad de los centros de arbitraje a través de sus directores, es puramente preparatoria y que a pesar de contribuir al proceso arbitral y de tener el deber de

17. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, N. 3, Artículo 42(6).
18. Constitución de la República del Ecuador, N. 1, Artículo 88.
19. Corte Constitucional del Ecuador, N. 5.
20. Ley de Arbitraje y Mediación, Artículo 11 y siguientes, RO No. 417, 14/12/2006.

garantizar los derechos constitucionales de los intervinientes, dichas funciones no son jurisdiccionales pues solo los árbitros están investidos de esa función, para casos concretos[21].

Vale recordar que los directores también están encargados del cobro de las tasas administrativas del arbitraje, que es un asunto considerado como meramente operativo.

La tesis opuesta ha sostenido que las decisiones emanadas por los directores de los centros de arbitramiento son jurisdiccionales, porque pueden implicar limitaciones al acceso a la administración de justicia; asimismo, están destinadas a impulsar el proceso arbitral, que es de naturaleza jurisdiccional. Además, en su fondo y forma están sometidas a lo previsto en el estatuto procesal civil para los procesos judiciales[22].

Sumado a lo anterior, se ha considerado que el listado de actos procesales cuya atribución corresponde a los directores; en el caso de los procesos ordinarios lo realizan los jueces[23] y en el caso de arbitrajes independientes lo desempeñan los árbitros, conforme a la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana[24]. Por ello, si de estos últimos casos no se ha dudado sobre la naturaleza jurisdiccional de dichos actos procesales, "[…] no se comprendería el por qué la naturaleza de esos mismos actos mutaría cuando se trate un arbitraje administrado"[25].

En palabras de Echandía, "[…] es frecuente que por mandato de la Constitución o de la ley, se otorguen funciones jurisdiccionales a ciertas personas o entidades […]"[26]. En

21. Corte Constitucional de la República de Colombia, Sentencia No. T-049/93, 15/02/1993.
22. Corte Constitucional de la República de Colombia, Sentencia No. C-1038/02, 28/11/2002.
23. Código Orgánico General de Procesos, Artículo 55 y siguientes; y, Artículo 146 y siguientes, RO(S) No. 506, 22/05/2015.
24. Ley de Arbitraje y Mediación, N. 20, Artículo 11 y siguientes.
25. J. F. Guerrero del Pozo, "¿Caben las medidas cautelares constitucionales en contra de un proceso arbitral?", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje,* No. 3, 2011, p. 123.
26. H. D. Echandía, *Compendio de derecho procesal,* Ed. Temis S.A., 2012.

virtud de dicha premisa, se ha llegado a la conclusión de que "[…] el Estado es quien permite la existencia del arbitraje y delega a los árbitros la jurisdicción, lo mismo sucede con los directores del centro a quienes se les ha delegado ciertas facultades jurisdiccionales"[27].

En tal caso, y de asumir el carácter jurisdiccional de ciertas actuaciones de los directores de los centros, podemos concluir que estas no serían susceptibles de ser impugnadas mediante acción de protección.

Por otra parte, de admitirse su naturaleza meramente administrativa u operativa, continúa la discusión si para dichos actos existen otras vías de impugnación ordinarias que convierten a la acción de protección en un mecanismo no idóneo para proteger la situación jurídica infringida; incurriendo de esa manera en la causal de improcedencia prescrita en el artículo 42 numeral 4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional[28].

Ante el supuesto anterior, los jueces constitucionales deberán analizar y resolver mediante sentencia, si se configura o no el supuesto normativo, conforme lo dispone el precedente jurisprudencial No. 102-13-SEP-CC de la Corte Constitucional del Ecuador, a saber:

> 4. "Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz". Con respecto a esta causal es importante anotar que si una persona presenta una acción de protección, es porque considera que las demás vías de resolución judicial del caso son inadecuadas o ineficaces, por lo que carecería de sentido establecer como requisito para la presentación de la acción, el que dicho particular conste expresamente

27. N. Ordóñez, "Responsabilidad de los centros de arbitraje en Ecuador", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 9, 2017, p. 335.
28. "4. Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz". Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, N. 3, Artículo 163.

> en la demanda, so pena de contravenir el principio de formalidad condicionada. La prueba de que la vía no es la adecuada y eficaz, se la debe actuar en el momento de la etapa probatoria, por tanto, se requiere necesariamente de la sustanciación de la causa, consecuentemente esta es una causal de improcedencia[29].

En virtud de la discusión activa sobre este respecto, no se considera zanjado del todo este asunto. Además, porque los jueces constitucionales ordinarios no han mantenido pronunciamientos uniformes, conforme quedará evidenciado en la sección subsiguiente.

6. Evidencia de casos en la justicia constitucional ordinaria

De la búsqueda en el Sistema Automático de Trámite Judicial Ecuatoriano (SATJE), ha sido posible identificar algunos casos de acción de protección en contra de decisiones emanadas dentro de procesos arbitrales que servirán para los propósitos del presente artículo.

6.1. Acción de protección contra laudo arbitral y auto en fase de ejecución de laudo

Así, tenemos en primer lugar, la acción de protección No. 08303-2014-0438 presentada por el Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Muisne (GAD-M) en contra del Director del Centro de Mediación y Arbitraje CEMACOR y del árbitro único del proceso arbitral No. 111-2014.

El proceso arbitral llegó a laudo, mismo que se encontraba siendo ejecutado por el juez titular de la Unidad Judicial Multicompetente de Atacames y Muisne de la provincia de

29. Corte Constitucional del Ecuador, N. 5.

Esmeraldas, quien emitió auto de pago el 10 de junio del año 2014 en contra del GAD-M.

Pese al momento procesal en el que se encontraba la causa, el GAD-M señaló como pretensión de su demanda de acción de protección, que se dejen sin efecto el laudo arbitral y el auto de pago dispuesto dentro del proceso de ejecución del laudo.

Para la resolución de la acción de protección, el juez titular Primero de lo Civil y Mercantil de Esmeraldas consideró:

> […] de la pretensión del accionante es totalmente clara que se deje sin efecto un laudo arbitral, el mismo que tiene fuerza de sentencia ejecutoriada y únicamente puede ser apelado ante el Presidente de la Corte Provincial de Justicia de la Jurisdicción, para tal tenía un término para presentar tal apelación; e igualmente se solicita que se deje sin efecto una providencia de un Juez, siendo este un asunto netamente jurisdiccional por cuanto de no estar de acuerdo con una providencia el actor tenía que presentar un recurso horizontal o vertical para reclamar sus derechos; lo que podemos concluir que la primera petición tiene una vía jurisdiccional totalmente definida para lo cual tiene que presentarse dentro de un término, y para la segunda petición se tiene que recurrir a los recursos horizontales y verticales, por lo tanto las reclamaciones tenían una vía judicial ordinaria expedita. […] Por no haber violación alguna de derechos Constitucionales y al existir otras vías para realizar la reclamación, este Juez declara sin lugar esta acción de protección […][30].

Del extracto anterior, es posible determinar que, pese a que el juzgador reconoció la naturaleza jurisdiccional de las decisiones arbitrales, no inadmitió a trámite la demanda al momento de calificarla, sino que optó por desestimarla en sentencia, bajo la consideración de que existen otras vías definidas en la sede judicial para que el accionante pueda solventar sus pretensiones.

30. Juzgado Primero de lo Civil y Mercantil de Esmeraldas, Sentencia del caso No. 08303-2014-0438, 23/09/2014.

6.2. Acción de protección contra laudo arbitral

En otro caso de acción de protección, signado con el No. 08201-2018-00135, el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Rioverde (GAD-R) demandó al Centro de Mediación y Arbitraje CEMACOR y a los miembros del tribunal arbitral de la causa No. 01-2017 para que se deje sin efecto el laudo arbitral.

En la sentencia de este proceso constitucional, la jueza titular de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Esmeraldas, resolvió mediante auto inicial lo siguiente:

> […] siendo la resolución del Tribunal de Conciliación y Arbitraje con efecto de sentencia y de cosa Juzgada, la suscrita Jueza no puede conocer mediante esta vía de acción de protección; el reclamo que realiza el peticionario, se trata de una resolución con fuerza de sentencia, la misma que debe ser conocida en la forma del Art. 437 de la Constitución, por lo expuesto en líneas anteriores, es mandato constitucional y legal que los jueces deben asegurar la competencia de la causa sometida a su conocimiento, y resolver en el marco del debido proceso. En consecuencia, por cuanto no tengo competencia, con la sana crítica y objetividad estoy con facultad para que, en primera providencia pueda inadmitir a trámite la acción planteada[31].

El acto impugnado en este caso, coincide con el del ejemplo anterior, pues se está objetando un laudo arbitral. Sin embargo, en el presente, la jueza resolvió inadmitir a trámite la demanda mediante auto inicial, en virtud de que el laudo tiene efectos de cosa juzgada y sentencia ejecutoriada. Es decir, aplicó la regla precedente establecida en la Sentencia No. 102-13-SEP-CC[32].

---

31. Juzgado Primero de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de Esmeraldas, Auto de inadmisión del caso No. 08201-2018-00135, 23/01/2018.
32. Corte Constitucional del Ecuador, N. 5.

6.3. Acción de protección contra providencia del tribunal arbitral

Otra referencia de acción de protección es la No. 09286-2016-03452, presentada en contra del Tribunal Arbitral del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Guayaquil (CAC), y de la Directora y Presidente del CAC. Por medio de dicha acción, se impugnó un auto expedido por el tribunal arbitral en el que ordenó el secuestro del bien materia de la disputa; y, según el criterio del accionante "[…] los árbitros carecían de toda facultad jurisdiccional para dictar dicha medida y que debía ser ejecutada por un Juez ordinario"[33].

En ese contexto, la jueza de la Unidad Judicial Norte 2 Penal con sede en el cantón Guayaquil, consideró en sentencia, lo siguiente:

> […] la accionante se refiere a la aplicación del inciso final artículo 363 del Código General de Procesos, lo cual no era aplicable por los antecedentes antes narrados al tiempo que se inició el proceso arbitral; en razón de la estipulación escrita en la cláusula arbitral y el reconocimiento constitucional a los árbitros con funciones jurisdiccionales, las partes convinieron que los árbitros si podían ejecutar medidas cautelares y en razón de aquella declinatoria de la facultad jurisdiccional derivada del poder soberano del Estado, a favor de los árbitros. Por lo tanto no puede admitirse a través de esta garantía jurisdiccional el desconocimiento de la facultad jurisdiccional investida en los árbitros que les viene dada por autoridad de ley […] en mérito de lo que mandan los artículos 17 último inciso de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, declaró SIN LUGAR LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN deducida […] por cuanto no existe derecho constitucional vulnerado, todo esto en relación con los numerales 1 y 3 del Art. 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional[34].

33. Unidad Judicial Norte 2 Penal con sede en el cantón Guayaquil, Sentencia del caso No. 09286-2016-03452, 19/09/2016.
34. Ibídem.

En este caso, la acción de protección fue presentada durante la tramitación del arbitraje y pretende impugnar un auto expedido por el tribunal arbitral, sin embargo la demanda también fue propuesta en contra de la institución arbitral en las personas de su directora y presidente.

Al respecto, la jueza constitucional decidió declarar sin lugar la acción de protección, considerando que no se violó ningún derecho constitucional, en aplicación de los números 1 y 2 del artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional[35]. Es importante mencionar, que de la lectura de los considerandos, se evidencia que la jueza llevó el asunto a una interpretación del convenio arbitral, a efectos de concluir que los árbitros efectivamente tenían la competencia de dictar y ejecutar medidas cautelares. Lo cual, en principio responde a un asunto de mera legalidad[36]. Y además, en el caso del arbitraje, es una competencia reservada a los árbitros en virtud del principio *kompetenz-kompetenz*.

6.4. Acción de protección contra auto de calificación de la demanda de la directora del centro de arbitraje

Este caso responde al número 09281-2016-04786 y fue presentado en contra de la directora y presidente del CAC. La pretensión del accionante fue que se deje sin efecto el auto de calificación de la demanda arbitral dentro del proceso arbitral número 032-16, y que se retrotraiga el proceso al momento

35. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiciconales y Control Constitucional, N. 3, Artículo 42(1) y (2).
36. "28. Al respecto, esta Corte Constitucional estima necesario observar que el derecho a ser juzgado por juez competente, en razón de su configuración legislativa, se dirime principalmente en sede ordinaria. Por ejemplo, a través de la excepción de la incompetencia. En este sentido, la competencia del juzgador constituye una solemnidad sustancial común a todos los procesos, cuya violación incluso puede derivar en la nulidad absoluta del proceso y que debe ser reclamada y tramitada en sede ordinaria. 29. En esta línea, esta Corte estima que la garantía del juez competente adquiere relevancia constitucional exclusivamente cuando se evidencien graves vulneraciones al debido proceso que no fueron corregidas oportunamente por la justicia ordinaria". Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 0838-12-EP/19, Caso No. 0828-12-EP, 04/09/2019.

anterior para que la directora del CAC se inhiba de conocer la demanda arbitral por inexistencia de convenio arbitral.

En el análisis de la sentencia, la jueza de la Unidad Judicial de Garantías Penales con Competencia en Delitos Flagrantes de Guayaquil, esgrimió las siguientes consideraciones:

> [e]l asunto que se reclama no tiene relación con la vulneración de la dimensión constitucional de algún derecho, sino que se refiere a cuestiones de índole legal y que por tanto, debían ser resueltos en la vía correspondiente. Por otro lado, la conducta denunciada no ataca directamente a la faceta constitucional del mismo, se trata únicamente de una calificación a la demanda como paso previo a la conformación de un Tribunal que conforme lo manifestó la parte accionada, corresponde exclusivamente a la constatación sobre los requisitos formales y documentos anexos a la pretensión conforme al artículo 10 de la Ley de Arbitraje y Mediación, lo que no constituye acto u omisión de una autoridad pública no judicial que viole, menoscabe, disminuya o anule el goce o ejercicio de los derechos del accionante, […] acojo la petición de la parte accionada y rechazo la acción de Protección y Medidas Cautelares propuestas […][37].

Respecto de este último caso, es preciso mencionar que si bien la jueza no calificó al acto de la directora del CAC como un asunto jurisdiccional, ni profundizó en dicho aspecto; su análisis lo dirigió hacia la posibilidad de impugnar dicho acto en la sede arbitral, así como en la dimensión legal del asunto puesto en su conocimiento.

De los casos antes descritos, se evidencia la pluralidad de posturas de los jueces constitucionales ordinarios al momento de resolver causas análogas de acción de protección contra decisiones emanadas dentro de procesos arbitrales.

37. Unidad Judicial de Garantías Penales con Competencia en Delitos Flagrantes de Guayaquil, Sentencia del caso No. 09281-2016-04786, 14/09/2016.

7. Conclusión

Como se anticipó en la sección introductoria, la utilización desmesurada de los recursos judiciales es uno de los problemas estructurales que aquejan al sistema de administración de justicia; y, la falta de uniformidad de criterios judiciales para resolver casos análogos integra la otra cara de la moneda que menoscaba la efectiva tutela judicial.

Así, el hecho de activar un mecanismo constitucional ordinario para impugnar decisiones emanadas dentro de procesos arbitrales, se ha convertido en la forma recurrente de ordinarizar al mecanismo arbitral y de trastocar la autonomía de la voluntad de las partes contratantes; pues estos últimos optan por pactar arbitraje con la intención lógica de obtener la menor intervención judicial posible; de otra manera no hubiesen excluido a la justicia ordinaria para la solución de sus conflictos.

Por otro lado, esta indebida interacción ha producido que la finalidad de la justicia constitucional se vea diluida alrededor de casos en los que no se pretende la protección y garantía de los derechos consagrados en la Carta Magna, sino ventilar cuestiones que por su naturaleza corresponden a otras vías legales existentes.

Valga este artículo para continuar el debate de un tema que no es de ahora pero sigue vigente.

La interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en el arbitraje nacional

*Marcel Tangarife Torres**

Recibido/Received: 11/08/2020
Aceptado/Accepted: 05/11/2020

Sumario: 1. Introducción. **2.** Interpretación prejudicial y su obligatoriedad en el arbitraje. **2.1.** ¿En qué consiste la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y por qué es obligatorio su trámite en el arbitraje? **2.2.** ¿Cómo afectan las normas de la Comunidad Andina y la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina al arbitraje? **3.** La interpretación prejudicial obligatoria en el arbitraje no existe en el Derecho Comunitario Europeo. **4.** Propuestas y apuestas de mejoras sobre la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. **5.** Conclusiones.

Resumen: Este artículo analiza la figura de la interpretación prejudicial que le corresponde adelantar al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, como órgano judicial que forma parte del Sistema Andino de Integración, desde la perspectiva del arbitraje nacional. Para ello, se hace una breve reseña acerca de los orígenes de la Comunidad Andina y, especialmente, del

* Consultor en temas de Derecho Constitucional y Administrativo, Infraestructura, Inversión, Tratados de Libre Comercio y Comunidad Andina. Socio de la firma Tangarife Torres & Asociados. Árbitro de los Centros de Arbitraje de las Cámaras de Comercio de Bogotá, Medellín y Santa Marta, y Árbitro internacional de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), y de los Centros de Arbitraje de Bogotá, Cali, Lima y Bolivia. Abogado especialista en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario. Máster en Derecho Económico de la Universidad Javeriana de Bogotá.

M. Tangarife Torres, "La interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en el arbitraje nacional", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 11, 2020, pp. 601-616.

ISSN: 2600-5611 / e-ISSN: 2600-562X
DOI: 10.36649/rea1120

rol que juega la labor interpretativa del derecho comunitario efectuada por el Tribunal en el marco de este proceso de integración. Posteriormente, se examinará la obligatoriedad de tramitar este incidente procesal en procesos arbitrales, así como las consecuencias que esto ha tenido para dicho mecanismo de solución de conflictos en los Países Miembros que lo han aplicado, como es el caso de Colombia y más recientemente Ecuador. Finalmente, se comparará la experiencia andina con la postura adoptada por la Unión Europea en esta materia, y con base a todo lo anterior se expondrán algunas propuestas para la mejora de la interpretación prejudicial efectuada por el Tribunal Andino.

Palabras Clave: Comunidad Andina, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, interpretación prejudicial, arbitraje.

Prejudicial interpretation of the Andean Community Court of Justice in national arbitration

Abstract: This article seeks to analyze the preliminary ruling that is done by the Andean Court of Justice, as a part of the Andean Integration System, from a national arbitration approach. In order to achieve that goal, a brief summary about the Andean Community and, specifically, about the importance of the interpretative labor developed by the Andean Court will be done. Later, the question about whether this preliminary ruling is mandatory or not in arbitral processes will be examined, along with the consequences that the Court's position about this subject has implicated for arbitration in Member States. Finally, a comparison between the Andean experience and the way that the European Union has managed this matter will be effectuated, to conclude with the exposition of some proposals that seek to improve the preliminary ruling process assigned to the Andean Court.

Keywords: Andean Community, Andean Court of Justice, preliminary ruling, arbitration.

1. Introducción

El 26 de mayo de 2019 se cumplieron cincuenta años de la firma del Acuerdo de Cartagena con el cual se creó la hoy llamada Comunidad Andina (CAN) cuyo objeto es promover la integración económica entre los Países Miembros (vg. Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú), y con ello se conmemoraron también los cuarenta años de la creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA) en 1979, como órgano que forma parte del Sistema Andino de Integración (SAI).

El Acuerdo de Cartagena y el Tratado de Creación del Tribunal, que en 1989 fue sustituido por el Protocolo de Cochabamba, le asignaron funciones jurisdiccionales al TJCA relacionadas con la acción de incumplimiento que se ejerce contra los Países Miembros cuando se apartan de la observancia de las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino; con la acción de nulidad como mecanismo de control de legalidad sobre las decisiones y resoluciones andinas y su conformidad con las normas jurídicas de ese sistema jurídico; con la interpretación prejudicial del TJCA en los procesos judiciales nacionales en los cuales se aplique o se controvierta sobre la aplicación de una norma jurídica andina, como mecanismo de interpretación uniforme de dichas normas para los Países Miembros de la CAN; y con otras instituciones como la jurisdicción laboral andina.

La interpretación prejudicial del TJCA es la institución que se analiza en esta ocasión debido a su impacto en el arbitraje.

2. Interpretación prejudicial y su obligatoriedad en el arbitraje

2.1. ¿En qué consiste la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y por qué es obligatorio su trámite en el arbitraje?

La interpretación prejudicial corresponde a un incidente procesal a través del cual un juez o tribunal nacional con jurisdicción y competencia para conocer y resolver una controversia en la que se deba aplicar o se controvierta acerca de la aplicación de alguna norma del ordenamiento jurídico andino, está en la obligación de adelantar –de oficio o a petición de parte– el trámite para obtener el concepto prejudicial del TJCA en el que este Tribunal le indique al juez consultante la forma como deben interpretarse –en abstracto– las normas jurídicas andinas que resulten aplicables al caso o sobre cuya posible aplicación existe controversia entre las partes. El juez nacional, por su parte, conserva plena jurisdicción y competencia para resolver la controversia concreta sometida a su decisión, pero es su deber incorporar a los fundamentos jurídicos de la misma la interpretación prejudicial del TJCA.

Tal como lo señaló Uribe Restrepo, ex magistrado del TJCA:

> [g]racias a esta figura, los jueces nacionales adquirieron con el Tratado una nueva competencia que de otro modo no tendrían, en cuanto a la aplicación de normas de origen internacional, con la sola salvedad de seguir al Tribunal Andino en cuanto a la interpretación de esas normas, al igual de lo que suele ocurrir en el derecho interno en relación con los fallos de la Corte Suprema de Justicia o Corte de Casación[1].

De acuerdo con el artículo 32 del Tratado de Creación del TJCA, "[c]orresponderá al Tribunal interpretar por vía

1. F. Uribe Restrepo, *La Interpretación Prejudicial en el Derecho Andino. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*, 1ra. Ed., Artes Gráficas Señal Impreseñal, 1993.

prejudicial las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros"[2].

Esta norma del Tratado, que se reitera en el artículo 121 de la Decisión 500, deja establecida la competencia exclusiva y excluyente del TJCA para adelantar la interpretación prejudicial sobre las normas del ordenamiento jurídico andino, la cual es de obligatoria observancia por parte del juez consultante, como lo expresan los artículos 35 del Tratado de Creación del TJCA y 127 de la Decisión 500, cuando el proceso judicial es de única instancia o de segunda instancia ordinaria. El TJCA por medio de la sentencia 57-IP-2012[3], extendió la interpretación prejudicial obligatoria al trámite de los recursos extraordinarios como casación, revisión y anulación del laudo proferido por un tribunal arbitral.

Por su parte, la interpretación prejudicial es facultativa en procesos de primera instancia ordinaria, esto es, que el juez o tribunal puede o no decretarla, ya que en todo caso queda la opción de la interpretación prejudicial obligatoria en el trámite de la segunda instancia[4].

Para el caso del arbitraje, en la citada sentencia 57-IP-2012, el TJCA considera que este se asimila a un proceso jurisdiccional de única instancia, por lo que a su juicio la interpretación prejudicial es obligatoria y debe ser decretada por los árbitros, de oficio o a petición de parte, cuando en el caso concreto se deba aplicar o se controvierta acerca de la aplicación de normas que forman parte del ordenamiento jurídico andino[5].

2. Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (1996), Artículo 32.
3. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia 57-IP-2012, 11/07/2012.
4. Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (1996), N. 2, Artículo 33(1).
5. Ibídem, Artículo 33(2).

2.2. ¿Cómo afectan las normas de la Comunidad Andina y la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina al arbitraje?

Las normas de la CAN se consideran supranacionales, de carácter obligatorio, de aplicación directa y efectos inmediatos en el territorio de cada País Miembro. Así lo ha reconocido la jurisprudencia del TJCA y las cortes y tribunales de cada país. Por lo mismo, en caso de contradicción o incompatibilidad con una norma interna, las disposiciones de la CAN prevalecen sobre estas últimas y su aplicación es imperativa por jueces y tribunales jurisdiccionales y por los árbitros[6].

La aplicación de la interpretación prejudicial obligatoria en el arbitraje ocurrió a partir de la sentencia 03-AI-2010 proferida por el TJCA el 12 de agosto de 2011. En ese caso la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá (ETB) demandó en ejercicio de la acción de incumplimiento andina a la República de Colombia – Sección Tercera del Consejo de Estado, por no haberse decretado la interpretación prejudicial obligatoria del TJCA en el trámite del recurso de anulación contra tres laudos proferidos por sendos tribunales arbitrales que resolvieron las controversias surgidas por la remuneración en la interconexión entre COMCEL y ETB como operadores de servicios de telecomunicaciones[7].

Posteriormente en la sentencia de interpretación prejudicial 57-IP-2012, proferida por la consulta que hizo el Consejo de Estado de Colombia, como órgano superior de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en el trámite del recurso de anulación contra el laudo COMCEL contra UNE TELECOMUNICACIONES, el TJCA dejó establecida por jurisprudencia la creación de la causal de anulación del laudo

6. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Proceso 43281, 09/08/2012.
7. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia 03-AI-2010, Proceso 03-AI-2010, 12/08/2012.

en los trámites arbitrales en los cuales no se hubiera decretado la interpretación prejudicial obligatoria[8].

De acuerdo con lo dicho por el TJCA en la sentencia 57-IP-2012, en el caso colombiano la causal de anulación por falta de trámite de la interpretación prejudicial obligatoria por un tribunal arbitral se suma a las consagradas en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 que contiene el Estatuto Arbitral colombiano, lo cual por sí mismo genera controversia y preocupación para los árbitros y para las partes[9].

En el caso ecuatoriano, la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM) tampoco consagra expresamente la causal de anulación del laudo por falta de interpretación prejudicial obligatoria del TJCA:

> Art. 31.- Cualquiera de las partes podrá intentar la acción de nulidad de un laudo arbitral, cuando: a) No se haya citado legalmente con la demanda y el juicio se ha seguido y terminado en rebeldía. Será preciso que la falta de citación haya impedido que el demandado deduzca sus excepciones o haga valer sus derechos y, además, que el demandado reclame por tal omisión al tiempo de intervenir en la controversia; b) No se haya notificado a una de las partes con las providencias del tribunal y este hecho impida o limite el derecho de defensa de la parte; c) Cuando no se hubiere convocado, no se hubiere notificado la convocatoria, o luego de convocada no se hubiere practicado las pruebas, a pesar de la existencia de hechos que deban justificarse; d) El laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado; o, e) Cuando se hayan violado los procedimientos previstos por esta Ley o por las partes para designar árbitros o constituir el tribunal arbitral[10].

La causal se configura, a juicio del TJCA, cuando en el proceso arbitral se debe aplicar o se controvierte la aplicación de una norma del ordenamiento jurídico andino. Aunque la

8. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia 57-IP-2012, N. 3.
9. Ibídem.
10. Ley de Arbitraje y Mediación, Artículo 31, RO No. 417, 14/12/2006.

causal de anulación fue creada por jurisprudencia del TJCA, en este artículo no se analizará esta situación que impone unas reflexiones profundas sobre la adopción taxativa de las causales de anulación del laudo únicamente por la ley interna de cada país y no por decisión de un tribunal judicial internacional.

La anulación del laudo por falta de interpretación prejudicial, según lo expresado por el TJCA, se desagrega en los siguientes eventos: **(i)** que el tribunal arbitral no decrete la interpretación prejudicial obligatoria antes de laudar; **(ii)** que el tribunal arbitral decrete la interpretación prejudicial obligatoria, pero una vez proferida por el TJCA no la incorpore a los fundamentos jurídicos del laudo; **(iii)** que el tribunal arbitral, a pesar de decretar la interpretación prejudicial obligatoria, la incorpore al laudo en un sentido contrario al contenido del concepto del TJCA[11].

La creación jurisprudencial de esta causal de anulación del laudo, también se extiende a las controversias arbitrales que se tramiten en Ecuador, Perú o Bolivia, por lo que la figura de la interpretación prejudicial obligatoria afecta directamente al arbitraje en todos los países de la CAN.

En Colombia, como consecuencia de la creación de la citada causal, el Consejo de Estado ha anulado varios laudos por el incumplimiento de las reglas adoptadas por el TJCA, principalmente por falta de trámite de la interpretación prejudicial obligatoria. Dentro de estos se cuentan los siguientes: **(i)** *Comcel c. ETB*[12]; **(ii)** *Occel c. ETB*[13]; **(iii)** *Celcaribe c. ETB*[14]; **(iv)** *Comcel c. EPM Telecomunicaciones S.A. ESP*[15]; y, **(v)** *Telmex – UNE EPM c. DIMAYOR*[16].

11. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Sentencia del Proceso 52-IP-2012, 11/07/2012.
12. Consejo de Estado de Colombia, Providencia, Expediente No. 43281, 09/08/2012.
13. Consejo de Estado de Colombia, Providencia, Expediente No. 43195, 09/08/2012.
14. Consejo de Estado de Colombia, Providencia, Expediente No. 43045, 09/08/2012.
15. Consejo de Estado de Colombia, Sentencia, Expediente No. 2010-00056, 21/11/2012.
16. Consejo de Estado de Colombia, Sentencia, Expediente No. 56845, 10/11/2016.

En estos casos, el Consejo de Estado no solo anuló los laudos sino que, siguiendo la regla establecida por el TJCA en la sentencia 57-IP-2012, dispuso la reconstitución de los tribunales arbitrales para que decretaran y tramitaran la interpretación prejudicial obligatoria y profirieran un nuevo laudo.

En otras ocasiones, el Consejo de Estado ha desestimado el recurso de anulación en casos en los cuales se omitió tramitar por los árbitros la interpretación prejudicial obligatoria, como ocurrió en el caso *MINTIC c. COMCEL y Colombia Telecomunicaciones* (reversión de activos en los contratos de concesión para la prestación del servicio de telefonía móvil celular). En esta ocasión, el Consejo de Estado hizo un análisis de aspectos sustantivos del laudo para establecer que, a su juicio, no se había configurado la causal de anulación por falta de trámite de la interpretación prejudicial obligatoria[17].

Esta situación ha generado aún más confusión, toda vez que esta causal ha dado lugar, en la práctica, a que el tribunal jurisdiccional que conoce del recurso extraordinario de anulación se enfrente a la posibilidad de estudiar asuntos que van más allá de situaciones procesales que fundamentan las causales de anulación del laudo, ya que para establecer la procedencia de la interpretación prejudicial obligatoria, debe verificar si en el caso concreto resulta aplicable una norma jurídica andina. Lo anterior es totalmente ajeno al propósito de las causales taxativas establecidas en la ley para la procedencia del recurso extraordinario de anulación por errores *in procedendo* de los árbitros, lo que excluye la posibilidad de que analice cualquier aspecto sustantivo del laudo[18].

Hasta ahora la solicitud de interpretación prejudicial en trámites arbitrales ha sido decretada en su mayoría por

17. Consejo de Estado de Colombia, Sentencia, Expediente No. 012101, 05/06/2018.
18. J. Gaviria, *Comentario sobre las nuevas normas colombianas en materia de arbitraje internacional*, <https://bit.ly/3ksRCaG> (11/08/2020).

tribunales colombianos, pues de las quince interpretaciones prejudiciales proferidas por el TJCA desde la sentencia que resolvió el proceso 57-IP-2012[19], catorce tienen su origen en peticiones elevadas por árbitros encargados de procesos arbitrales en Colombia.

En Ecuador, la única interpretación prejudicial tramitada en un arbitraje ha sido la 262-IP-2013 proferida en el caso *TELEMKA S.A. c. OTECEL S.A.*, decretada por el tribunal arbitral del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana de Quito, en una controversia relativa a propiedad intelectual y competencia[20].

Lo anterior no significa que en el futuro inmediato la interpretación prejudicial se extienda a más casos en Ecuador, y a arbitrajes en Perú y Bolivia.

3. La interpretación prejudicial obligatoria en el arbitraje no existe en el Derecho Comunitario Europeo

En el Derecho Comunitario Europeo, que sirve de referente al TJCA, el asunto está aclarado de tiempo atrás, toda vez que está plenamente resuelto que la interpretación prejudicial no se tramita en el arbitraje porque estas controversias no revisten interés ni influencia a nivel comunitario, aun cuando en un tribunal los árbitros puedan aplicar directivas o normas europeas para resolver la controversia.

19. Desde el 11 de julio de 2012, el TJCA ha expedido las siguientes sentencias de interpretación prejudicial en el marco de procesos arbitrales: **(i)** 181-IP-2013, 262-IP-2013, **(ii)** 14-IP-2014, **(iii)** 255-IP-2013, **(iv)** 161-IP-2013, **(v)** 204-IP-2013, **(vi)** 79-IP-2014, **(vii)** 261-IP-2013, **(viii)** 146-IP-2014, **(ix)** 322-IP-2014, **(x)** 385-IP-2015, **(xi)** 239-IP-2014, **(xii)** 371-IP-2017, **(xiii)**189-IP-2017 y **(xiv)**147-IP-2019.
20. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia 262-IP-2013, 08/05/2014.

Tal como lo señaló Sánchez Sánchez[21], el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas delimitó el concepto de órgano jurisdiccional y estableció una serie de criterios concurrentes, que resultan exigibles para calificar una jurisdicción, a fin de determinar si el tribunal arbitral tiene facultad o no de formular cuestiones prejudiciales. Para efectos de este análisis, los criterios que se deben tener en cuenta para establecer la procedencia de la interpretación prejudicial obligatoria en los trámites arbitrales son[22]:

(i) El órgano debe ser creado o tener origen en una norma de rango legal. Un tribunal arbitral no tiene origen en la norma de rango legal, sino que su competencia tiene origen en la voluntad autónoma de las partes al adoptar la cláusula compromisoria o el compromiso. Por tanto, al no cumplir este criterio, un tribunal arbitral no tiene la facultad de solicitar la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia europeo.

(ii) La organización debe ser de carácter permanente. Un tribunal arbitral es, por esencia, transitorio, ya que únicamente se constituye para resolver la controversia que someten a su decisión las partes vinculadas por la cláusula compromisoria o el compromiso. Una vez profiere el laudo, se extingue el tribunal arbitral. Por tanto, al no cumplir este criterio, un tribunal arbitral no tiene la facultad de solicitar la interpretación prejudicial en el caso europeo.

(iii) El carácter obligatorio de la jurisdicción. La jurisdicción de los jueces y tribunales judiciales es obligatoria en virtud de la ley de su creación. Por el contrario, un tribunal arbitral únicamente nace en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes y, por tanto, al no cumplirse este criterio, los

21. H. Sánchez Sánchez, Seminario sobre interpretación prejudicial en el arbitraje, organizado por Asomágister en la ciudad de Bogotá D.C., República de Colombia, en Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Asunto 61/65, *Viuda de G. Vaassen-Göbbels c. Dirección del Beambtenfonds voor het Mijnbedrijf*, 30/06/1966.
22. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, ibídem.

árbitros no tienen la facultad de solicitar la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia europeo.

(iv) Que adelante un procedimiento contradictorio.

(v) Que profiera una decisión en Derecho.

Nótese que un tribunal arbitral, al no cumplir varios de los citados requisitos concurrentes, no debería estar obligado a tramitar la interpretación prejudicial del TJCA.

4. Propuestas y apuestas de mejoras sobre la interpretacón prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

La creación y aplicación de la causal de anulación del laudo por no haberse tramitado la interpretación prejudicial del TJCA ha ocasionado una gran incertidumbre[23], lo que lleva a proponer algunas ideas para el fortalecimiento del arbitraje y la consolidación de la interpretación prejudicial del TJCA.

En opinión del autor, la interpretación prejudicial debe excluirse del arbitraje en los Países Miembros de la CAN. Son varias las razones por las cuales se plantea esta posición:

(i) La interpretación prejudicial es una institución cuyo propósito es que el TJCA asegure la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico andino por parte de las autoridades de los Países Miembros. Esta figura tiene su origen en la Unión Europea, donde la labor del tribunal comunitario, al igual que el TJCA, ha permitido unificar los criterios de aplicación de las normas supranacionales a nivel interno.

(ii) La interpretación prejudicial no está concebida para su aplicación en el arbitraje. La razón fundamental

23. L.V. Martínez, *Sobre la inobservancia de la obligación de solicitar en el trámite arbitral la interpretación prejudicial de normas comunitarias al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*, <https://bit.ly/2PLit3L>, (11/08/2020).

es que la cláusula compromisoria o el pacto arbitral tienen su origen en la voluntad de las partes, y son estas quienes delimitan y establecen el alcance de la labor de los árbitros. En la medida en que las partes no establezcan expresamente que se debe tramitar la interpretación prejudicial obligatoria del TJCA, no habría lugar a la configuración de esta causal de anulación porque su decisión autónoma no involucra este trámite incidental.

(iii) La causal de anulación por falta de trámite de la interpretación prejudicial obligatoria no fue creada por ley. Su origen está en la jurisprudencia del TJCA, pero este no es el mecanismo idóneo para su creación. No hay norma en el Tratado de Creación del TJCA ni en la Decisión 500 de la CAN que consagre la facultad de que el TJCA adicione o modifique el ordenamiento jurídico interno de cada País Miembro. Además, como ya se indicó, no pueden modificarse o adicionarse las normas nacionales sobre arbitraje de Bolivia, Colombia, Ecuador o Perú.

(iv) Las normas de arbitraje en los Países Miembros de la CAN no han consagrado el traslado de competencias legislativas al TJCA, y por lo mismo, este Tribunal no estaría facultado para crear la causal de anulación.

En el caso colombiano, el artículo 150 numeral 16 de la Constitución Política de Colombia establece que

> [c]orresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: [...] 16. Aprobar o improbar los tratados que el Gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional. Por medio de dichos tratados podrá el Estado, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos internacionales, que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados[24].

24. Constitución Política de Colombia, Artículo 150(16), 04/07/1991.

De acuerdo con esta norma constitucional, cuando el Estado colombiano suscribió y aprobó el Tratado de Creación del TJCA, manifestó su consentimiento soberano a nivel internacional para "transferir parcialmente determinadas atribuciones" a dicho Tribunal.

En Ecuador, el artículo 120 de la Constitución dispone lo siguiente:

> Art. 120.- La Asamblea Nacional tendrá las siguientes atribuciones y deberes, además de las que determine la ley: […] 6. Expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio[25].

Es decir, no existe norma constitucional en Ecuador o Colombia que establezca expresamente que un tribunal internacional como el TJCA, pueda modificar la legislación interna, en este caso, adoptando una causal de anulación del laudo que no existe en las normas arbitrales nacionales.

(v) El arbitraje no tiene la vocación de promover o consolidar la integración económica con los demás Países Miembros de la CAN, sino que corresponde a un "mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice"[26], de acuerdo con la definición del artículo primero del Estatuto Arbitral colombiano.

Por su parte, la Ley de Arbitraje y Mediación de Ecuador en su artículo 1 define el arbitraje como "[...] un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para

25. Constitución de la República del Ecuador, Artículo 121, RO No. 449, 20/10/2008.
26. Ley 1563, Artículo 1, 12/07/2012.

conocer dichas controversias"[27]. Tampoco en las normas de arbitraje ecuatorianas se observa que su objeto sea promover la integración económica en el marco de la CAN.

(vi) A juicio del autor, no es necesario que se adopte una norma comunitaria que excluya la interpretación prejudicial del arbitraje. Basta con que el propio TJCA adopte la jurisprudencia que modifique la situación actual. Sin embargo, si ello no ocurre, se hace necesario que el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, en conjunto con los ministros que forman parte de la Comisión de Plenipotenciarios, adopten una Decisión que haga expreso que la interpretación prejudicial obligatoria no es procedente en el arbitraje.

5. Conclusiones

Mientras que esta situación no se resuelva, se hace necesario que los árbitros de cada País Miembro de la CAN en cada caso sometido a su conocimiento, analicen si en el asunto en concreto se deben aplicar normas comunitarias andinas, o si resulta controvertible su aplicación, para definir si decreta la interpretación prejudicial obligatoria, a fin de evitar que se configure esta causal y se anule el laudo. Este ejercicio resulta importante y necesario en los diferentes trámites arbitrales entre particulares o con presencia de una parte pública o estatal, pues son muchas las materias objeto de trámites arbitrales que cursan en Ecuador, Colombia, Perú y Bolivia, en los cuales la norma andina regula la materia.

Si bien los casos más representativos de esta problemática hasta ahora han sido del sector de telecomunicaciones, es muy amplia y diversa la normativa andina en asuntos que

27. Ley de Arbitraje y Mediación, N. 10, Artículo 1.

las partes han sometido a la decisión de los árbitros, como ocurre con propiedad intelectual, contratos mercantiles, libre competencia, seguros, transporte, entre otros.

Con el auspicio de:

ANDRADE VELOZ ABOGADOS

CABEZAS WRAY & ALBÁN ABOGADOS

CARMIGNIANI PÉREZ ABOGADOS

Dechert LLP

ECIJA GPA

NOBOA, PEÑA & TORRES ABOGADOS ECUADOR

PÉREZ BUSTAMANTE & PONCE PBP

PINO/ELIZALDE ABOGADOS